346.0669851
S86d
1995
ej. 1.

DOCTRINAS Y CONCEPTOS JURIDICOS

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

1995

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

BEATRIZ CUELLAR DE RIOS
Superintendente de Sociedades

OSCAR GONZALEZ ARANA
Superintendente Delegado para los Procedimientos Mercantiles

CESAR UCROS BARROS
Superintendente Delegado para la Vigilancia de las Sociedades Comerciales

CLARA EUGENIA DOMINGUEZ NAVARRO
Superintendente Delegado para Estudios Económicos y Jurídicos

WILLIAM GIRALDO GIRALDO
Secretario General

MARTHA CECILIA BARRERO MORA
Asesora Jurídica

JUAN JOSE RODRIGUEZ ESPITIA
Jefe División de Estudios Jurídicos

PRESENTACION

A la Superintendencia de Sociedades le corresponde la inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles, por la delegación de funciones efectuada por el Presidente de la República, a quien le son atribuidas, a su vez, por el artículo 189, numeral 24 de la Constitución Política de Colombia.

Mas allá de esta simple referencia legal, o mejor aún, entendiendo ésta dentro del contexto económico y jurídico del país, se ha establecido que la Superintendencia es una entidad de servicios dirigidos a dar apoyo al sector real de la economía, a garantizar la adecuada protección de terceros de buena fe, así como a suministrar información jurídica, financiera y contable útil para la adopción de decisiones por parte de los empresarios y el gobierno.

Por lo anterior, es muy satisfactorio para mí, divulgar una vez más, algunos de los pronunciamientos que la Entidad emite en el ejercicio de sus funciones, mediante este tomo que compila los conceptos vigentes de la Superintendencia, en el ramo tan importante del Derecho Comercial como es el atinente a las sociedades mercantiles, contenidos en los 10 tomos que preceden, y en algunos oficios, resoluciones y demás providencias que se han expedido a partir de 1992 y que no habían sido objeto de publicación en este medio, llenando de esta manera un vacío de varios años y respondiendo a una necesidad cada vez más sentida de los interesados en estos temas.

La Superintendencia de Sociedades se ha caracterizado a lo largo de su trayectoria, por la interpretación de las normas concernientes al derecho societario, a través de sus distintos pronunciamientos, condensados en obras que como esta, se convierten, no solamente en una valiosa herramienta de trabajo para los empresarios en el manejo cotidiano de sus actividades, sino en una fuente segura y rápida de consulta para quienes se dedican

profesionalmente al estudio e investigación de las normas aplicables a la constitución, funcionamiento y liquidación de las sociedades que conforman el sector real de la economía.

En un breve término se editarán sendas publicaciones, sobre "Doctrinas Contables" y "Jurisprudencia" relacionada con las sociedades comerciales, con lo cual se va logrando una de las metas perseguidas por mi administración, como lo es de contribuir permanente y eficazmente al conocimiento e interpretación de las normas societarias.

Por último, es imprescindible resaltar la labor de los profesionales del Derecho de esta Superintendencia, quienes han permitido que su esfuerzo e investigación se reflejen en esta obra, sin lo cual no hubiere sido posible su realización.

BEATRIZ CUELLAR DE RIOS
Superintendente de Sociedades

PROLOGO

La labor desarrollada por una Entidad de policía administrativa como la Superintendencia de Sociedades no resultaría completa, si se limitara única y exclusivamente a ejecutarla en relación con la inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles, atribuidas a esta por delegación del Presidente de la República, por lo cual se hace necesario no una labor represiva o de control y autorización, sino preventiva, en el sentido de poner en manos de sus usuarios, los empresarios, los diferentes pronunciamientos que en materia societaria han proferido.

Con la filosofía antes mencionada, se emprendió por parte de la División de Estudios Jurídicos de la Superintendencia, la labor de depurar las doctrinas de la Entidad en materia societaria. La finalidad del trabajo inicial consistía en analizar las doctrinas proferidas con posterioridad al Código de Comercio, estudiando cada uno de los tomos que en materia societaria existían, descartando aquellas decisiones que habían sido recogidas o sustituídas por otras.

Obtenido un primer resultado, y con el fin de que el trabajo emprendido no perdiera vigencia en razón de la expedición de la reforma al estatuto mercantil en materia societaria y de procesos concursales, se decidió comparar los pronunciamientos depurados con el texto de la reforma, razón por la cual y en atención a que en algunos temas variaba notablemente la regulación quedaban sin sustento algunas doctrinas, circunstancia que determinó su supresión, trabajo que concluyó en un estudio completo y condensado en materia societaria que se ajusta plenamente a la nueva regulación mercantil.

La segunda fase del trabajo dió como resultado seis volúmenes, que se presentan en uno solo, dividido en igual número de capítulos y ordenado alfabéticamente, en razón de los distintos temas allí consignados. A su vez, los grandes temas ubicados en el orden mencionado, se encuentran distribuidos por subtemas, también en orden alfabético, lo

cual facilita la consulta. Adicionalmente, los conceptos se encuentran ubicados en forma temática en procura de establecer un orden en el análisis de cada punto materia de consulta, generando un estudio integral y sistemático.

Resulta apenas lógico que la labor descrita, exija el trabajo coordinado de un equipo, razón por la cual es menester reconocer el desempeño de cada una de las personas que intervinieron en la elaboración del trabajo que se entrega, debiendo mencionar al doctor Jaime Salazar Herrera, quien se desempeñaba como jefe de la División, artífice de la idea, pues en mi condición de sucesor en la jefatura de la División, continué el trabajo diseñado en procura de llevarlo a feliz culminación. Igualmente, debo resaltar la labor de los diferentes profesionales de la División, a saber : Jorge Aljuri Martínez, María Teresa Gil García, Luz Elena Mejía Perdigón, Fernando José Ortega Galindo, Ezequiel Tesón Guadián y Carolina Suárez Marín, así como el trabajo mecanográfico ejecutado por Mary Paredes Valdés.

Finalmente, resulta gratificante no solo como profesional del Derecho, sino como miembro de la Superintendencia de Sociedades, entidad a la cual le corresponde trajinar diariamente los distintos aspectos del resorte societario, dar a conocer esta publicación, con el ánimo de facilitar el desarrollo de la actividad empresarial, pues en la medida en que el empresario cuente con una herramienta que le permita de una manera eficiente obtener claridad respecto a los interrogantes que le asaltan a diario en el trasegar de su actividad mercantil, la misma será mucho más segura, no solo en beneficio propio, sino de los accionistas, administradores, revisores fiscales, acreedores, entidades de vigilancia y control etc., que actúan con él en el tráfico mercantil.

JUAN JOSE RODRIGUEZ ESPITIA
Jefe División de Estudios Jurídicos

INDICE GENERAL

CAPITULO - I

PAG

I - ACCIONES

1. CONVERSION DE ACCIONES ORDINARIAS EN PRIVILEGIADAS..... 43

2. DE INDUSTRIA. SE OBTIENEN CUANDO EL APORTE INDUSTRIAL SE EFECTUA SIN ESTIMACION ECONOMICA DETERMINADA PUES SI ASI NO FUERA HABRIA LUGAR A LA EXPEDICION DE ACCIONES DE CAPITAL..... 44

3. EMISION DE ACCIONES PRIVILEGIADAS..... 47

4. EN LOS CASOS DE ENAJENACIÓN DE ACCIONES RESPECTO DE LAS CUALES EXISTAN DIVIDENDOS PENDIENTES AL MOMENTO DE LA CARTA DE TRASPASO, TALES DIVIDENDOS PERTENECEN AL VENDEDOR, SALVO PACTO EN CONTRARIO; Y LOS QUE SE CAUSEN CON POSTERIORIDAD AL COMPRADOR..... 48

5. NATURALEZA DEL TITULO ACCIONARIO Y DE LA LIBRE NEGOCIABILIDAD DE LAS ACCIONES..... 50

6. OPORTUNIDAD PARA LA INSCRIPCION DE LAS ACCIONES EN EL LIBRO CORRESPONDIENTE CUANDO SU PAGO SE HA EFECTUADO POR CUOTAS..... 54

7. PAGO.- LAS OBLIGACIONES ADQUIRIDAS POR EL SUSCRIPTOR PUEDEN EXTINGUIRSE POR MEDIOS DIFERENTES. 56

8 PRENDA DE ACCIONES. DERECHOS QUE CONFIERE..... 58

9. PRIMA EN COLOCACION DE ACCIONES ES UN ELEMENTO JURIDICAMENTEINESCINDIBLE DEL VALOR DEL PRECIO AL QUE SE OFRECEN LAS ACCIONES Y POR ENDE, SUJETA A LAS RESTRICCIONES

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

PREDICABLES DE ESTE ULTIMO. NO PUEDE PACTARSE UN PLAZO SUPERIOR AL AÑO PARA LA CANCELACION DE AQUELLA..... 59

10. *READQUISICION DE ACCIONES..... 64*

11. *READQUISICION.- REQUISITOS. LA ASAMBLEA NO ESTA FACULTADA PARA IMPONER A LOS ASOCIADOS LA OBLIGACION DE VENDER SUS ACCIONES A LA SOCIEDAD NI PARA FIJAR EL PRECIO DE LAS MISMAS.....66*

12. *READQUISICION. FORMAN PARTE DEL PATRIMONIO SOCIAL Y DEBEN PRESENTARSE EN LOS ESTADOS FINANCIEROS COMO PARTE DEL SUPERAVIT GANADO. UN SOLO ACCIONISTA PUEDE EJECUTAR LA OPERACION.....73*

II - ACTAS

1. *APROBACION DE ACTAS - DELEGACION.....75*

2. *EN RIGOR NO EXISTE PRECEPTO LEGAL QUE EXPRESAMENTE IMPONGA AL GERENTE Y AL SECRETARIO DE UNA SOCIEDAD EL DEBER DE EXPEDIR COPIA AUTORIZADA DE LAS ACTAS NI DE LOS DEMAS DOCUMENTOS QUE PERTENECEN A LA COMPAÑIA.....76*

3. *LA LEY MERCANTIL SOLO EXIGE LA APROBACION DE LAS ACTAS DE JUNTA DIRECTIVA PARA LOS EVENTOS DE INSCRIPCION EN EL REGISTRO MERCANTIL DE LAS DESIGNACIONES DE REPRESENTANTES LEGALES.....78*

4. *SI AL ELABORARSE PRESENTAN DEFICIENTEMENTE LO OCURRIDO, EL MAXIMO ORGANO SOCIAL O LAS PERSONAS DESIGNADAS PARA EL EFECTO PUEDEN ABSTENERSE DE APROBARLAS Y ORDENAR LAS CORRECCIONES PERTINENTES.....79*

III - ACTIVIDADES PERMANENTES

1. *LA CIRCUNSTANCIA QUE UNA SOCIEDAD EXTRANJERA ADQUIERA CUOTAS O ACCIONES EN UNA SOCIEDAD COLOMBIANA POR SI SOLA NO*

CONSTITUYE ACTIVIDAD PERMANENTE QUE DETERMINE LA APERTURA DE UNA SUCURSAL EN COLOMBIA.....81

2. *LA PARTICIPACION EN LICITACIONES PUBLICAS POR SER PREVIAS AL CONTRATO NO SIGNIFICA UNA ACTIVIDAD PERMANENTE.....83*

3. *LA PRESTACION DE SERVICIOS DE TRANSPORTE INTERNACIONAL DE SUMINISTROS, EN AGUAS MARITIMAS COLOMBIANAS, A UNA PERSONA JURIDICA EXTRANJERA VINCULADA AL PAIS, CONSTITUYE UNA ACTIVIDAD PERMANENTE.....84*

IV - ADMINISTRADORES

1. *FACULTADES DE LOS ADMINISTRADORES.....85*

2. *LAS OBLIGACIONES DE LOS MIEMBROS DE LA JUNTA DIRECTIVA Y REPRESENTANTES LEGALES DEBEN SER CUMPLIDAS A CABALIDAD, SO PENA DE RESPONDER UNOS Y OTROS DE MANERA INDIVIDUAL..... 87*

3. *LA LEY PRETENDE QUE NO SE PERPETUEN EN LOS CARGOS CON EL FIN DE NO CAUSAR PERJUICIOS A LA SOCIEDAD Y A LOS SOCIOS PERO RESPETANDO SIEMPRE LOS DERECHOS DE LAS MAYORIAS SEGUN EL TIPO SOCIETARIO.....89*

V - APORTES

1. *APORTE DEL SOCIO INDUSTRIAL CUANDO EL TRABAJO SE PRESTA POR EL SOCIO INDUSTRIAL EN RAZON DEL CONTRATO DE SOCIEDAD, NO HAY LUGAR AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES QUE SE DESPRENDEN DEL CONTRATO DE TRABAJO.....95*

2. *EN ATENCION A QUE SU APORTE NO PUEDE FORMAR PARTE DEL CAPITAL DE LA COMPAÑIA, TIENE DERECHO A VOZ EN LAS REUNIONES QUE CELEBRE EL ORGANO SOCIAL, PERO NUNCA EL DERECHO AL VOTO.....97*

3. *DE TITULOS VALORES.....98*

4. *EN LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA NO ES ADMISIBLE EL APORTE CONSISTENTE EN DERECHOS HERENCIALES*.....**100**

5. *EN EL RETIRO DE UN ASOCIADO EN LA COMPAÑIA, DEBE DISTINGUIRSE ENTRE RESTITUCION Y REEMBOLSO DE APORTES*.....**101**

6. *LAS DEUDAS SUBORDINADAS PUEDEN SER OBJETO DE APORTE*.....**103**

7. *SU PAGO EN LAS SOCIEDADES EN COMANDITA SIMPLE*.....**105**

VI - ASAMBLEAS

1. *PLURALIDAD JURIDICA EN ASAMBLEAS Y JUNTAS DE SOCIOS. LA SUPERINTENENCIA DE SOCIEDADES ACEPTA EL CRITERIO DE LA PLURALIDAD JURIDICA, CONSCIENTE DE LA LEGALIDAD QUE OSTENTA Y DE QUE CON ELLA SE DESARROLLA EL MANDATO COMO RECURSO JURIDICO, CONTRIBUYENDO ASI AL DINAMISMO NECESARIO Y DESEABLE DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES*.....**109**

2. *EL IMPEDIR EL INGRESO DE UN ACCIONISTA A LA ASAMBLEA POR EL HECHO DE PRESENTARSE DESPUES DE INICIADA LA REUNION, ES VIOLATORIO DE UNO DE LOS DERECHOS QUE LA LEY LE CONFIERE AL ACCIONISTA, CUAL ES EL DE PARTICIPAR EN LAS DELIBERACIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS Y VOTAR EN ELLA*.....**112**

3. *IMPUGNACION DE SUS DECISIONES.- LA APROBACION DEL BALANCE NO LIBERA DE RESPONSABILIDAD A LOS ADMINISTRADORES*.....**113**

CAPITULO - II

I. BONOS

1. *COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA PARA AUTORIZAR LA EMISION DE BONOS ORDINARIOS*.....**119**

II. CAPITAL SOCIAL

1. *CAPITAL EN LAS SOCIEDADES ANONIMAS DURANTE SU FUNCIONAMIENTO NO OBLIGA LA PROPORCION ENTRE EL CAPITAL*.....**120**

2. *EL AUMENTO DE CAPITAL EN VIRTUD DEL CUAL DEBAN EFECTUARSE NUEVOS APORTES, SE REALIZA DE MANERA DIFERENTE SEGUN SE TRATE DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA O ANONIMAS*.....**123**

3. *PARA LA CAPITALIZACION DE ACREENCIAS NO SE REQUIERE REGLAMENTO DE COLOCACION*.....**124**

4. *LA CAPITALIZACION DE ACREENCIAS REQUIERE APROBACION DE LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS*.....**125**

5. *CAPITALIZACION DE LA CUENTA DE REVALORIZACION DEL PATRIMONIO*.....**126**

6. *LA CAPITALIZACION DE UTILIDADES*.....**130**

III. COMPETENCIA DESLEAL

1. *ELEMENTOS QUE DEBEN CONCURRIR*.....**131**

IV. CONSORCIOS

1. *NATURALEZA JURIDICA*.....**132**

2. *LOS CONSORCIOS NO SON SUJETOS DE VIGILANCIA*.....**134**

V. CONTRATO DE LEASING O ARRENDAMIENTO FINANCIERO

1. ORIGENES, NATURALEZA JURIDICA Y CLASIFICACION....135

ORIGENES DEL LEASING....135

CONCEPTO....136

2. NATURALEZA JURIDICA DEL LEASING....139

CLASES DE LEASING....140

VI - CONTRATO DE SOCIEDAD

1. EL ANIMUS O AFFECTIO SOCIETATIS ES EL ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO....142

DEFINICION....142

2. LA PARTICIPACION EN LAS PERDIDAS NO ES UN ELEMENTO DEL CONTRATO DE SOCIEDAD....143

3. IMPOSIBILIDAD DE CONSTITUIR UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA CON UN SOCIO CAPITALISTA Y OTRO INDUSTRIAL EXCLUSIVAMENTE....146

VII - CONVOCATORIA

1. ANTELACION, SENTIDO Y EFECTOS POR SU INOBSERVANCIA....150

2. LOS ASOCIADOS NO TIENEN FACULTAD DE CONVOCAR DIRECTAMENTE A REUNIONES DEL MAXIMO ORGANO SOCIAL....152

3. MIENTRAS NO CONCLUYA EL PROCESO SUCESORIO SE ESTA FRENTE A LA LLAMADA SUCESION ILIQUIDA, DE MANERA QUE DEBE CONVOCARSE PARA QUE CONCURRA A LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS, SEGUN EL CASO, A UNA DE LAS PERSONAS SEÑALADAS EN EL ARTICULO 378 DEL CODIGO DE COMERCIO....153

VIII. COSTUMBRE MERCANTIL

1. DIFERENCIAS CON LOS USOS Y PRACTICAS COMUNES....153

IX. CUENTAS EN PARTICIPACION

1. NATURALEZA JURIDICA-CARACTERISTICAS....154

X. CUOTAS SOCIALES

1. LOS GRAVAMENES O MEDIDAS QUE AFECTEN UN BIEN DE LA SOCIEDAD, NO INCIDEN EN LAS CUOTAS REPRESENTATIVAS DEL CAPITAL SOCIAL....156

2. PROCEDIMIENTO PARA LA CESIÓN DE CUOTAS....157

3. EXCLUSION DE SOCIOS POR IMPOSIBILIDAD DE CEDER SUS CUOTAS....160

4. SU TRANSFERENCIA CON OCASION DE UNA ADJUDICACION NO CONSTITUYE REFORMA ESTATUTARIA....161

5. READQUISICION DE CUOTAS EN SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA....165

CAPITULO III

I. DERECHO DE INSPECCION

1. *ALCANCE EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS*.....**171**

2. *APLICACION DEL ARTICULO 379 NUMERAL 4 DEL CODIGO DE COMERCIO*.....**173**

3. *A PESAR DE QUE EN LOS ESTATUTOS DE UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA SE HAYA DELEGADO LA ADMINISTRACION DE LA COMPAÑIA EN UN GERENTE, LOS ASOCIADOS PUEDEN EJERCER ESE DERECHO EN CUALQUIER TIEMPO*.....**174**

4. *DE LAS ACTAS Y SUS COPIAS*.....**176**

5. *EL DERECHO DE INSPECCION ES SOBRE TODOS LOS LIBROS Y DOCUMENTOS DE LA COMPAÑIA, MAS NO SOBRE LAS ACTIVIDADES, OPERACIONES Y NEGOCIOS DEL ENTE SOCIETARIO*.....**177**

6. *POR EL HECHO DE QUE UN SOCIO DE UNA COMPAÑIA LIMITADA FORME PARTE DE OTRA U OTRAS QUE TENGAN UN OBJETO SOCIAL IGUAL O SIMILAR, NO PUEDE IMPEDIRSELE O LIMITARSELE EL DERECHO DE INSPECCION*.....**178**

7. *RENUNCIA A LOS DERECHOS DE ACCIONISTA*.....**179**

II. DERECHO DE PREFERENCIA

1. *NEGOCIACION EN LAS SOCIEDADES ENCOMANDITA POR ACCIONES SE SUJETA A LAS REGLAS SEÑALADAS PARA LAS SOCIEDADES ANONIMAS*.....**180**

2. *NO SE PUEDEN COLOCAR ACCIONES EXCLUSIVAMENTE ENTRE UNA CLASE DE ACCIONISTAS. DEL DERECHO DE PREFERENCIA EN LA NEGOCIACIÓN DE ACCIONES Y LOS ARBITRIOS FRENTE A LOS ACCIONISTAS MOROSOS*.....**182**

3. *CESION DEL DERECHO DE PREFERENCIA EN LA NEGOCIACION DE ACCIONES*.....**185**

4. *EN VIRTUD DE UNA CESION DE DERECHOS HEREDITARIOS ES VIABLE QUE UN TERCERO ADQUIERA ACCIONES O CUOTAS DE UNA SOCIEDAD EN LA CUAL SE HALLE CONSAGRADO EL DERECHO DE PREFERENCIA EN LA ENAJENACION*.....**187**

5. *MEDIANTE REFORMA ESTATUTARIA SE PUEDE SUSPENDER EL DERECHO DE PREFERENCIA?*.....**190**

6. *NEGOCIACION DE ACCIONES. RESTRICCIONES PARA LOS ADMINISTRADORES*.....**191**

7. *SI LA CESION DEL DERECHO A SUSCRIBIR SE EFECTUA DE ACUERDO CON LA LEY Y EL RESPECTIVO REGLAMENTO DE COLOCACION, SE PERFECCIONA EL CONTRATO DE SUSCRIPCION*.....**193**

8. *SALVO EL DERECHO DE PREFERENCIA, NO ES POSIBLE CONDICIONAR LA LIBRE NEGOCIABILIDAD DE LAS ACCIONES*.....**195**

III - DERECHO DE SUSCRIPCION

1. *EN EL CASO DE ACCIONES CORRESPONDIENTES A SUCESIONES ILIQUIDAS*.....**197**

2. *DERECHO A LA SUSCRIPCION DE ACCIONES*.....**202**

3. *LA SUSCRIPCION PREFERENCIAL DE ACCIONES CUANDO UN ACCIONISTA SEA PROPIETARIO DE UNA FRACCION MAYOR QUE OTRA*.....**204**

4. *NEGOCIACION. NO PUEDE RESTRINGIRSE ESTATUTARIAMENTE CON CLAUSULAS I NCOMPATIBLES Y AJENAS A LA NATURALEZA DE LAS SOCIEDADES CAPITALISTAS*.....**205**

5. *SI LA OFERTA DE LAS ACCIONES NO CUMPLE CON LA TOTALIDAD DE LOS REQUISITOS SEÑALADOS POR LA LEY, NO SE CONFIGURA Y POR ENDE NO PRODUCE EFECTO ALGUNO*.....**207**

IV. DERECHO DE VOTO

1. *EL DERECHO DE VOTO Y EL DERECHO A LOS BENEFICIOS SOCIALES*.....**212**

2. *ES UN DERECHO ESENCIAL, INTANGIBLE E INVIOLABLE*.....**214**

3. *LA RESTRICCION DEL VOTO EN LAS SOCIEDADES ANONIMAS SE APLICA A CADA ACCIONISTA EN FORMA INDIVIDUAL*.....**214**

4. *NO OPERA LA RESTRICCION CONSAGRADA EN EL ARTICULO 428 DEL C. DE CO. PARA LAS SOCIEDADES DE REPONSABILIDAD LIMITADA.* **217**

5. *FRACCIONAMIENTO DEL VOTO EN LAS ASAMBLEAS*.....**219**

V. DISOLUCION DE SOCIEDADES

1. *CUANDO SE ENTIENDE VALIDAMENTE PRORROGADO EL TERMINO DE DURACION*.....**222**

2. *DIFERENCIA DE LAS CAUSALES DE DISOLUCION CONTENIDAS EN LOS ARTICULOS 218 NUMERAL 6 Y 457 DEL CODIGO DE COMERCIO*.....**224**

3. *LA NORMA ESTATURARIA QUE SEÑALA COMO CAUSAL DE DISOLUCION EL HECHO DE QUE EL 75% O MAS DE LAS ACCIONES LLEGUE A PERTENECER A UN SOLO ACCIONISTA PRIMA SOBRE EL ARTICULO 457 DEL CODIGO DE COMERCIO*.....**226**

4. *NATURALEZA JURIDICA DE SU DECLARATORIA*.....**227**

5. *POR EXPIRACION DEL TERMINO PREVISTO PARA SU DURACION LA SOCIEDAD QUEDA DISUELTA INMEDIATAMENTE. SU LIQUIDADOR ES UN MERO ADMINISTRADOR DE LOS BIENES DE LA COMPAÑIA*.....**229**

VI. DIVIDENDOS

1. *DIVIDENDOS EN SOCIEDADES EN COMANDITA SIMPLE Y EN COMANDITA POR ACCIONES*.....**231**

2. *LA PRESCRIPCION OPERA RESPECTO DE LAS SUMAS DEBIDAS A LOS ASOCIADOS. EN LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD NO DEBEN RELACIONARSE COMO PASIVO EXTERNO LAS OBLIGACIONES PRESCRITAS. LOS TITULOS DE ACCIONES NO PRESCRIBEN*.....**232**

3. *PAGO OPCIONAL DEL DIVIDENDO EN ACCIONES*.....**237**

VII. DOMICILIO

1. *DOMICILIO PRINCIPAL Y DOMICILIOS SECUNDARIOS ES PERMITIDA LA COEXISTENCIA DE VARIOS DOMICILIOS A CONDICION DE QUE UNO DE ELLOS SE DETERMINE COMO PRINCIPAL PARA LOS EFECTOS PREVISTOS EN LA LEY*.....**238**

VIII. EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO

1. *POR SER ENTIDADES DESCENTRALIZADAS CON SU PROPIO REGIMEN JURIDICO, SE EXCLUYEN DE LA VIGILANCIA ASIGNADA A LA SUPERINTENDENCIA*.....**243**

2. *ENTIDADES DESCENTRALIZADAS*.....**245**

3. *EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO NO SON COMERCIANTES*.....**247**

IX. ESCISION

1. *ESCISION DE SOCIEDADES*.....**250**

2. *PROCEDIMIENTO PARA LA ESCISION DE SOCIEDADES*.....**251**

3. *EFECTOS JURIDICOS DE LA ESCISION CON RESPECTO A LOS CONTRATOS Y LICENCIAS VIGENTES AL MOMENTO DE ELLA*.....**255**

X. FUSION

1. *FUSION IMPROPIA-RECONSTITUCION DE SOCIEDAD*.....**256**

2. *FUSION ENTRE UNA SOCIEDAD EXTRANJERA Y UNA SOCIEDAD NACIONAL*.....**260**

3. *NO ES LEGALMENTE POSIBLE QUE UNA SOCIEDAD ANONIMA SE FUSIONE CON UNA SUCURSAL DE SOCIEDAD EXTRANJERA*.....**263**

4. *NO ES VIABLE LA FUSION DE UNA SOCIEDAD COMERCIAL CON UNA EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO*.....**264**

CAPITULO IV

I. INEFICACIA

1. *ES UNA SANCION TIPICA QUE NO REQUIERE DECLARACION JUDICIAL*.....**269**

2. *INSCRIPCIONES EN EL REGISTRO MERCANTIL DE ACTOS INEFICACES*.....**271**

3. *NO OBSTANTE LA AUTORIZACION DE LA SUPERINTENDENCIA ES INEFICAZ LA COLOCACION DE ACCIONES QUE SE REALICE SIN SUJECION AL REGLAMENTO. INTERPRETACION DEL TERMINO "DIA HABIL"*.....**271**

II. INEXISTENCIA

1. *EL CONCEPTO DE LA INEXISTENCIA HACE RELACION DIRECTA A LA CONSTITUCION O NACIMIENTO DEL NEGOCIO JURIDICO, E IMPLICA, POR TANTO, LA IDEA DE QUE NO HA LLEGADO A FORMARSE POR FALTA DE UNO O MAS REQUISITOS ESENCIALES PARA SU FORMACION*.....**274**

III. INSCRIPCION DE NOMBRAMIENTOS

1. *LA REELECCION DE QUIENES SE ENCUENTREN INSCRITOS EN LA CAMARA DE COMERCIO COMO REPRESENTANTES LEGALES Y REVISORES FISCALES DE UNA COMPAÑIA NO REQUIERE DE NUEVA INSCRIPCION; NO OCURRE LO MISMO CUANDO SE TRATA DE JUNTAS DIRECTIVAS, COMISIONES O CUERPOS COLEGIADOS CUANDO LA CONFORMACION ES LA MISMA, PERO CON VARIANTES EN LOS RENGLONES O EN SU COLOCACION*.....**275**

IV. INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS

1. *ALCANCE DE LAS FACULTADES DEL SUPERINTENDENTE*..... **276**

2. *ANTECEDENTES*.....**278**

3. *CONCEPTO DE INTERES JURIDICO*.....**279**

V. JUNTA DIRECTIVA

1. *AUNQUE ESTATUTARIAMENTE PUEDEN PACTARSE REGIMENES DE INCOMPATIBILIDADES DE SUS MIEMBROS, NO ESTA DENTRO DE LA ORBITA DE ESTA SUPERINTENDENCIA EL CALIFICARLAS*.....**282**

2. *COMO LA JUNTA DIRECTIVA NO ES UN ORGANO DE OBLIGATORIA EXISTENCIA EN LAS SOCIEDADES LIMITADAS, EN LOS ESTATUTOS PUEDE PACTARSE LIBREMENTE SOBRE SU FORMACION Y FUNCIONAMIENTO,*

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

SALVO EN LO REFERENTE A LA FORMA DE SU ELECCION Y A LA DURACION DE SUS MIEMBROS EN EL EJERCICIO DEL CARGO.....**283**

3. *CUANDO UNA PERSONA JURIDICA ES MIEMBRO DE LA JUNTA DIRECTIVA EN UNA SOCIEDAD MERCANTIL, CORRESPONDE A SU REPRESENTANTE LEGAL EJERCER LOS DERECHOS Y CUMPLIR LAS OBLIGACIONES PROPIAS DE SU CARGO Y SI ESTE ES REMOVIDO CONTINUA SU SUPLENTE MIENTRAS SE INSCRIBE EN EL REGISTRO MERCANTIL EL NUEVO NOMBRAMIENTO*.....**284**

4. *EN LA LEGISLACION MERCANTIL NO EXISTE NORMA ALGUNA QUE PROHIBA QUE LA MISMA PERSONA QUE SEA DESIGNADA COMO PRESIDENTE DE LA JUNTA DE SOCIOS, LO SEA TAMBIEN COMO PRESIDENTE DE LA JUNTA DIRECTIVA*.....**285**

5. *LA ELECCION DE SUS MIEMBROS DE LISTAS PRESENTADAS POR UNA SOLA PERSONA SE AJUSTA A DERECHO, SIEMPRE Y CUANDO QUE EL MAXIMO ORGANO SOCIAL HAYA DELIBERADO Y DECIDIDO CON ESTRICTA SUJECION A LOS ESTATUTOS Y A LA LEY*.....**286**

6. *LA INTERVENCION DE LOS SUPLENTES EN LA JUNTA DIRECTIVA ESTA SUPEDITADA A LA AUSENCIA DE LOS PRINCIPALES*.....**288**

7. *LA JUNTA DIRECTIVA NO PUEDE SESIONAR DE MODO PERMANENTE EN EL EXTERIOR. DESDE LUEGO, ES INDIFERENTE QUE SUS MIEMBROS SEAN NACIONALES O EXTRANJEROS*.....**289**

8. *LA JUNTA DIRECTIVA POR SER UN ORGANO INTERMEDIO ENTRE LA ASAMBLEA Y LOS REPRESENTANTES LEGALES NO PUEDE INTRODUCIR REFORMAS ESTATUTARIAS, ASI SE REFIERAN A ESTIPULACIONES QUE NO TRATEN ASUNTOS DE FONDO*.....**290**

9. *NO ES JURIDICO PACTAR EN EL REGLAMENTO INTERNO DE LA JUNTA DIRECTIVA LA SANCION DE EXPULSION DE UNO DE SUS MIEMBROS YA QUE LA REVOCACION, REEMPLAZO O EXPULSION ES FUNCION PRIVATIVA DE LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS*.....**291**

10. *NO SE ENCUENTRA IMPEDIMENTO LEGAL PARA QUE UN MIEMBRO DE DICHO CUERPO COLEGIADO RECIBA REMUNERACION DIFERENTE POR PARTE DE LA SOCIEDAD CON OCASION DE UN TRABAJO PROFESIONAL PRESTADO*.....**293**

11. *NO EXISTE IMPEDIMENTO LEGAL PARA PACTAR O RECONOCER PRESTACIONES O COMISIONES EN FAVOR DE SUS MIEMBROS POR*

ACTIVIDADES DIFERENTES DE LAS QUE LE COMPETEN DENTRO DE LA ESFERA DE SUS ATRIBUCIONES.....**294**

12. *PERIODICIDAD DE SUS REUNIONES*.....**295**

13. *PUEDEN LAS JUNTAS DIRECTIVAS SESIONAR VALIDAMENTE Y TOMAR DECISIONES POR MEDIO DE TELECONFERENCIAS*.....**296**

14. *QUORUM PARA DELIBERAR EN LAS JUNTAS DIRECTIVAS. LAS REUNIONES POR DERECHO PROPIO NI LAS DENOMINADAS DE SEGUNDA CONVOCATORIA PROCEDEN EN LAS JUNTAS DIRECTIVAS*.....**299**

15. *SI EL ORGANO DE ADMINISTRACION ESTA COMPUESTO POR CINCO MIEMBROS PRINCIPALES CON SUS RESPECTIVOS SUPLENTES, DOS HERMANOS NO CONSTITUYEN MAYORIA PARA LOS EFECTOS DEL ARTICULO 435 DEL CODIGO DE COMERCIO*.....**300**

16. *SU CONFORMACION Y QUORUM EN LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA*.....**301**

17. *TENIENDO EN CUENTA QUE CUMPLE FUNCIONES DE GESTION Y NO DE REPRESENTACION, LA CALIDAD DE MIEMBRO DE LA MISMA NO LA DA EL REGISTRO SINO LA ACEPTACION DEL CARGO*.....**302**

VI. KNOW - HOW

1. *EN LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA*.....**303**

VII. LIBROS DE COMERCIO

1. *UN LIBRO DE ACTAS PUEDE RECONSTRUIRSE TOMANDO COMO BASE LA COPIA DE LAS ACTAS QUE OBRAN EN LOS ARCHIVOS DE LA COMPAÑIA*.....**305**

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

VIII. LIQUIDACION DE SOCIEDADES

1. *CON LAS SUMAS DE DINERO CORRESPONDIENTES A LAS RESERVAS CONSTITUIDAS PARA ATENDER OBLIGACIONES LITIGIOSAS, UNA VEZ CULMINE LA LIQUIDACION, DEBE CELEBRARSE UN CONTRATO DE FIDUCIA.* ***306***

2. *APROBACION DE LA CUENTA FINAL EN REUNIONES DE SEGUNDA CONVOCATORIA*..... ***308***

3. *APROBACION DE LA CUENTA FINAL INTERPRETACION DEL ARTICULO 248 DEL CODIGO DE COMERCIO*..... ***308***

4. *CONSIDERACIONES ACERCA DEL PROCESO LIQUIDATORIO. RESPONSABILIDAD Y ACCIONES QUE PUEDEN SURGIR DEL MISMO*..... ***310***

5. *EFECTOS DE LA RENUNCIA VALIDAMENTE PRESENTADA POR UN LIQUIDADOR*..... ***312***

6. *EL LIQUIDADOR NO PUEDE RESPALDAR CON HIPOTECA UNA OBLIGACION QUE EN SU ORIGEN SE CONTRAJO SIN ESA GARANTIA*..... ***315***

7. *EL LIQUIDADOR O LIQUIDADORES DE UNA SOCIEDAD NO ESTAN SUPEDITADOS EN EL EJERCICIO DE SU TAREA A LAS LIMITACIONES ESTATUTARIAS IMPUESTAS A QUIENES LA REPRESENTABAN LEGALMENTE ANTES DE SU DISOLUCION*..... ***316***

8. *EL LIQUIDADOR Y EL REVISOR FISCAL DE UNA SOCIEDAD TIENEN DERECHO A PRESTACIONES SOCIALES?*..... ***318***

9. *LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DEBE VELAR PORQUE EN LA ELABORACION DEL INVENTARIO SE CUMPLA CON LAS NORMAS SOBRE PRELACION DE CREDITOS*..... ***320***

10. *NO EXISTE EN EL CODIGO DE COMERCIO UN TERMINO PERENTORIO PARA LLEVAR A CABO EL PROCESO LIQUIDATORIO DE UNA COMPAÑIA*..... ***321***

11. *NO EXISTE INCOMPATIBILIDAD PARA ACTUAR COMO LIQUIDADOR DE UNA SOCIEDAD Y REPRESENTANTE LEGAL DE OTRA QUE ES ACREEDORA DE LA PRIMERA, SIEMPRE Y CUANDO LOS ESTATUTOS DE LAS DOS SOCIEDADES NO CONSAGREN EXPRESAMENTE UNA PROHIBICION DE ESTA NATURALEZA*..... ***322***

12. *PAGO DE HONORARIOS EN EL PROCESO LIQUIDATORIO*..... ***324***

13. *PARA APROBAR LA LIQUIDACION DE UNA COMPAÑIA, EN RAZON DE LA NOVACION DE LA TOTALIDAD DE SUS OBLIGACIONES, ES NECESARIO QUE LOS ACREEDORES EXPRESEN SU VOLUNTAD DE DEJAR LIBRE A LA SOCIEDAD Y ACEPTAR AL NUEVO DEUDOR COMO UNICO RESPONSABLE*..... ***325***

14. *PUEDE ARRENDARSE EL INMUEBLE DE PROPIEDAD DE LA SOCIEDAD EN LIQUIDACION, SIEMPRE Y CUANDO ELLO NO IMPLIQUE CONTINUIDAD EN EL DESARROLLO DEL OBJETO SOCIAL*..... ***327***

15. *TRAMITE PARA LA CANCELACION DE LOS PASIVOS, TENIENDO EN CUENTA EL ORDEN DE PRIORIDADES ESTABLECIDO POR LA LEY CUANDO DENTRO DE UN MISMO GRUPO EXISTEN VARIOS ACREEDORES*..... ***327***

16. *UNOS SON LOS BALANCES Y CUENTAS DE LOS LIQUIDADORES Y OTRA LA CUENTA FINAL DE LIQUIDACION. TAL INDEPENDENCIA NO PERMITE MEZCLARLOS, NI CONFUNDIRLOS PARA LOS FINES DE SU APROBACION U OTRO PROPOSITO CUALQUIERA, SO PENA DE INCURRIR EN ERROR*..... ***330***

CAPITULO V

I. MERCADO PUBLICO DE VALORES

1. *CONCEPTO DE MERCADO PUBLICO DE VALORES A LA LUZ DEL CODIGO DE COMERCIO Y DEL DECRETO 653 DE 1993*..... ***335***

II. MICROFILMACION

1. *LOS DOCUMENTOS CONSIDERADOS COMO SOPORTES CONTABLES DEBEN CONSERVARSE, CUANDO MENOS POR DIEZ AÑOS, SI PUEDE ASEGURARSE SU REPRODUCCION POSTERIOR*..... ***337***

MICROFICHAS..... ***339***

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

2. *PUEDEN REEMPLAZAR LOS LIBROS AUXILIARES DE CONTABILIDAD SIEMPRE QUE ATIENDAN CIERTOS REQUISITOS*.....**339**

III. OBJETO SOCIAL

1. *DIFERENTES CLASES DE ACTOS QUE CONFORMAN EL OBJETO SOCIAL*.....**339**

2. *SEÑALA EL LIMITE DE LA CAPACIDAD Y DE LAS FACULTADES DE LOS ADMINISTRADORES. LA DOCTRINA ULTRAVIRES*.....**342**

3. *ALCANCES QUE DENTRO DEL CONTEXTO DEL OBJETO SOCIAL TIENE LA INVERSION COMO ACTIVIDAD CONSTITUTIVA DEL MISMO*.....**345**

IV. PODERES

1. *EL OTORGAMIENTO DE PODERES POR PARTE DE LOS ADMINISTRADORES CON EL FIN DE VOTAR LOS ESTADOS FINANCIEROS, EN NADA MODIFICA LA SITUACION DE ILEGALIDAD EN QUE SE INCURRE*.....**351**

2. *EL OTORGAMIENTO DE PODERES POR PARTE DEL GERENTE DE LA SOCIEDAD, ASI FACULTEN AL APODERADO O MANDATARIO PARA REALIZAR TODOS LOS NEGOCIOS PREVISTOS EN SU OBJETO SOCIAL, NO DEFIEREN O DELEGAN LA REPRESENTACION LEGAL EN EL MANDATARIO, PUES ESTA POR MINISTERIO DE LA LEY SIEMPRE SE ENCONTRARA EN CABEZA DE LA PERSONA DESIGNADA POR LA JUNTA DIRECTIVA, ASAMBLEA DE ACCIONISTAS O JUNTA DE SOCIOS PARA EJERCER DICHA FUNCION*.....**352**

3. *ESTATUTARIAMENTE SE PUEDEN EXIGIR REQUISITOS ADICIONALES A LOS CONSAGRADOS EN EL ARTICULO 184 DEL CODIGO DE COMERCIO, SIEMPRE Y CUANDO NO SE ENTRABE EL EJERCICIO DEL DERECHO AL VOTO*.....**355**

4. *LA FACULTAD QUE TIENE TODO ASOCIADO DE HACERSE REPRESENTAR EN LAS REUNIONES DEL MAXIMO ORGANO SOCIAL NO PUEDE SER DESCONOCIDA NI LIMITADA EN EL CONTRATO SOCIAL*.....**355**

5. *LA FUNCION DE CONSTITUIR APODERADOS ESPECIALES COMPETE EXCLUSIVAMENTE A QUIEN EJERZA LA REPRESENTACION LEGAL DE LA COMPAÑIA*.....**357**

6. *LA CLAUSULA ESTATUTARIA QUE EXIGE LA ACEPTACION POR PARTE DE LOS SOCIOS RESTANTES PARA QUE LA PERSONA DESIGNADA POR UNO DE ELLOS PUEDA REPRESENTARLO EN LA REUNION DEL MAXIMO ORGANO SOCIAL NO SE AJUSTA A DERECHO*.....**358**

7. *LA NATURALEZA INTEGRAL O UNITARIA DE LAS ASAMBLEAS Y JUNTAS DE SOCIOS QUE SE CELEBRAN CON APLICACION DE LOS ARTICULOS 429 Y 430 DEL CODIGO DE COMERCIO NO IMPLICAN EL OTORGAMIENTO DE VARIOS PODERES*.....**360**

8. *PARA HACERSE REPRESENTAR EN UNA REUNION DE ASAMBLEA O JUNTA DE SOCIOS, PUEDEN OTORGARSE POR TELEFAX, TODA VEZ QUE TAL MECANISMO EQUIVALE A LA FORMA ESCRITA*.....**361**

9. *PUEDE OTORGARSE PODER PARA QUE UN TERCERO REPRESENTE LOS HIJOS MENORES Y SIN EMBARGO ACTUAR EN EJERCICIO DE SUS PROPIOS DERECHOS. LA RESTRICCION AL VOTO SE APLICA SEPARADAMENTE A LAS ACCIONES PROPIAS Y A LAS REPRESENTADAS*.....**364**

V. REFORMAS ESTATUTARIAS

1. *EL SILENCIO ADMINISTRATIVO NO SUPLE LA AUTORIZACION QUE DEBE EXPEDIR LA SUPERINTENDENCIA PARA SOLEMNIZAR UNA REFORMA ESTATUTARIA CUANDO HAYA LUGAR*.....**365**

2. *EL TERMINO DE DURACION DE UNA SOCIEDAD SE ENTIENDE VALIDAMENTE PRORROGADO DESDE EL MOMENTO EN QUE EL MAXIMO ORGANO ADOPTA LA RESPECTIVA REFORMA*..... **367**

3. *LOS CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL SOBRE LAS CUOTAS EN LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA IMPLICAN UNA REFORMA ESTATUTARIA. LA CELEBRACION DE CONTRATOS DE FIDUCIA POR TODOS LOS SOCIOS CON UN SOLO FIDUCIARIO NO ES CAUSAL DE DISOLUCION*.....**368**

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

4. *LOS EFECTOS DE LA TRANSFORMACION NO ALTERAN LAS OBLIGACIONES CONTRAIDAS CON ANTERIORIDAD A LA INSCRIPCION EN EL REGISTRO MERCANTIL DEL INSTRUMENTO PUBLICO QUE LA CONTENGA*.....**370**

VI. REPRESENTACION

1. *A FALTA DE ACUERDO ENTRE LOS ALBACEAS PARA LA DESIGNACION DEL REPRESENTANTE, ES IMPERIOSO ACUDIR A LAS NORMAS PERTINENTES DE LA LEGISLACION CIVIL, POR CUANTO LA MERCANTIL NO CONSAGRA MECANISMO ALGUNO AL RESPECTO*.....**372**

2. *REPRESENTACION DE ACCIONES DEL SOCIO FALLECIDO*.....**375**

VII. REPRESENTACION LEGAL

1. *A MENOS QUE ESTATUTARIAMENTE SE HAYAN OTORGADO AL SUPLENTE COMO TAL FUNCIONES DE REPRESENTACION LEGAL, AL MISMO SOLO COMPETE REEMPLAZAR AL TITULAR EN SUS AUSENCIAS TEMPORALES O DEFINITIVAS*.....**375**

2. *DETERMINACION DEL PERIODO DEL GERENTE* **377**

3. *ESTIPULAR EN SALARIOS MINIMOS EL TOPE DE LA CUANTIA FIJADA AL REPRESENTANTE LEGAL PARA LA CELEBRACION Y EJECUCION DE ACTOS O CONTRATOS NO CONTRAVIENE LO PRECEPTUADO EN EL ARTICULO 196 DEL CODIGO DE COMERCIO*.....**378**

4. *LA DESIGNACION DEL REPRESENTANTE LEGAL EN LAS SOCIEDADES ENTRE ENTIDADES PUBLICAS Y EN LAS DE ECONOMIA MIXTA*.....**379**

5. *LA LEY NO HA IMPUESTO OBLIGACION ALGUNA A LOS SUPLENTES DEL REPRESENTANTE LEGAL PARA ENTRAR A DEMOSTRAR A LOS TERCEROS ANTES DE ACTUAR LA FALTA INCIDENTAL O DEFINITIVA DEL PRINCIPAL*.....**383**

6. *LA REPRESENTACION LEGAL EN LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA*.....**384**

7. *LOS REPRESENTANTES LEGALES DE SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA EN CUYO CAPITAL PARTICIPE EL ESTADO CON UN 90% O MAS, REQUIEREN INSCRIPCION EN EL REGISTRO MERCANTIL*.....**385**

8. *REPRESENTACION LEGAL DE UNA SOCIEDAD ANONIMA PUEDE SER EJERCIDA POR UNA PERSONA JURIDICA*.....**386**

VIII. RESERVA LEGAL

1. *REGIMEN DE LA RESERVA LEGAL*.....**388**

2. *SOLO PUEDE UTILIZARSE PARA ENJUGAR PERDIDAS EN EL EVENTO DE QUE NO EXISTAN O SEAN INSUFICIENTES LAS RESERVAS QUE HAYAN SIDO CONSTITUIDAS CON TAL PROPOSITO*.....**390**

IX. REUNIONES DE LA ASAMBLEA Y JUNTA DE SOCIOS

1. *REUNION POR DERECHO PROPIO. NO PODRA CELEBRARSE EN LOS CASOS EN QUE NO EXISTAN OFICINAS DE ADMINISTRACION EN EL DOMICILIO PRINCIPAL DE LA COMPAÑIA*.....**391**

2. *REUNIONES POR DERECHO PROPIO. CUANDO NO ES POSIBLE TENER ACCESO A LAS OFICINAS DE LA ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD*.....**393**

3. *SI NO OBSTANTE HABER SIDO CONVOCADO DEBIDAMENTE EL MAXIMO ORGANO SOCIAL A REUNION ORDINARIA, ESTE SESIONA SO PRETEXTO DE UNA REUNION POR DERECHO PROPIO, PARA QUE SUS DECISIONES TENGAN EFICACIA JURIDICA DEBE ESTAR REPRESENTADO EL 100% DEL CAPITAL SOCIAL*.....**396**

4. *REUNIONES DE SEGUNDA CONVOCATORIA. LAS REFORMAS ESTATUTARIAS PUEDEN ADOPTARSE CON EL 70% DE LAS ACCIONES REPRESENTADAS EN LA REUNION DE ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS, A MENOS QUE EN LOS ESTATUTOS SE EXIJA QUE SEA SOBRE ACCIONES SUSCRITAS*.....**398**

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

5. VIABILIDAD DE REUNIONES DE SEGUNDA CONVOCATORIA EN LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.....401

6. SI EN EL CURSO DE LA REUNION DESAPARECE LA PLURALIDAD DE PERSONAS, REPRESENTANTES DE UN DETERMINADO NUMERO DE ACCIONES SUSCRITAS, EL ORGANO RECTOR PIERDE EL EJERCICIO EFICAZ DE SU POTESTAD DELIBERATIVA Y DECISORIA.....403

X. REVISORES FISCALES

1. ASPECTOS ATINENTES A LA LEY 43 DE 1990, IMPORTANCIA DEL CARGO, FUNCIONES, OBLIGATORIEDAD, EFECTOS Y SANCIONES QUE PUEDEN APLICARSE.....404

2. DIFERENCIAS ENTRE EL REVISOR FISCAL Y EL AUDITOR INTERNO AL SER DOS INSTITUCIONES TOTALMENTE DIFERENTES, ELLAS PUEDEN COEXISTIR SIMULTANEAMENTE EN LAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA.....406

3. FUNCIONES.....408

4. LAS REVISORIAS DE SUCURSALES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS NO DEBEN COMPUTARSE PARA LOS EFECTOS DEL ARTICULO 215 DEL CODIGO DE COMERCIO.....410

5. LA REVISORIA FISCAL EN ASOCIACIONES SIN ANIMO DE LUCRO Y ASPECTOS ATINENTES A SUS COLABORADORES.....412

6. PROHIBICION LEGAL DE EJERCER DICHO CARGO EN MAS DE CINCO SOCIEDADES POR ACCIONES.....413

7. RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL.....413

8. REVISOR FISCAL EN LAS SUCURSALES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS.....420

9. REVISORIA FISCAL EN LAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA.....421

10. SUS FUNCIONES NO DEBEN EJERCERSE SIMULTANEAMENTE POR EL PRINCIPAL Y EL SUPLENTE, TODA VEZ QUE ELLO CONLLEVA A DILUIR LA RESPONSABILIDAD EN EL CONTROL DE LA GESTION SOCIAL.....423

11. TRATANDOSE DE REVISOR FISCAL DESIGNADO EN VIRTUD DE MANDATO ESTATUTARIO O DE SIMPLE ACUERDO DE LA JUNTA DE SOCIOS, SOLO PUEDE NOMBRARSE UN REVISOR FISCAL, CON UNO O MAS SUPLENTES.....424

12. UNO DE LOS REQUISITOS PARA QUE UNA SOCIEDAD DE CONTADORES PUBLICOS PUEDA PRESTAR SUS SERVICIOS COMO REVISOR FISCAL ES QUE EL 80% O MAS DE SUS SOCIOS TENGA NECESARIAMENTE DICHA PROFESION.....426

CAPITULO VI

I. SOCIEDADES CIVILES Y COMERCIALES

1. DETERMINACION DE LA NATURALEZA CIVIL O COMERCIAL DE UNA SOCIEDAD.....431

2. LAS ASOCIACIONES SON FORMAS ASOCIATIVAS CARENTES DE ANIMO DE LUCRO, DISTINTAS DE LAS SOCIEDADES CIVILES Y COMERCIALES.....432

II. SOCIEDADES COLECTIVAS

1. LA EXCLUSION DE SOCIOS FRENTE A LA DISMINUCION DEL CAPITAL SOCIAL.....434

2. LA SOCIEDAD COLECTIVA SE DISUELVE POR LA MUERTE DE ALGUNO DE SUS SOCIOS, SI NO SE HUBIERE ESTIPULADO SU CONTINUACION CON UNO O MAS DE LOS HEREDEROS, O CON LOS SOCIOS SUPERSTITES.....437

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

III. SOCIEDADES COLOMBIANAS

1. *UNA SOCIEDAD COLOMBIANA PUEDE PRESTAR SUS SERVICIOS EN EL EXTERIOR*.....***437***

IV. SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA

1. *ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA*.....***438***

2. *EL DERECHO DE PREFERENCIA EN LA ENAJENACION DE ACCIONES RIGE EN TODOS LOS CASOS EN QUE NO SE HAYA PACTADO ESTATUTARIAMENTE SU EXCLUSION*.....***439***

3. *LA ENAJENACION DE ACCIONES EN LAS DEL ORDEN NACIONAL O DE PRIMER GRADO DEBE EFECTUARSE DANDO CUMPLIMIENTO AL ARTICULO 18 DEL DECRETO 130/76*.....***442***

4. *REEMPLAZO DE MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA EN SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA*.....***443***

5. *SI BIEN SU REGIMEN ESTA ESENCIALMENTE EN EL AMBITO PRIVADO, EN OCASIONES ENCUENTRA EXCEPCIONES REGULADAS POR EL DERECHO PUBLICO EN RAZON DE LA PARTICIPACION ESTATAL, COMO OCURRE EN EL CASO DE LA DISTRIBUCION DE UTILIDADES*.....***445***

6. *REVISORIA FISCAL*.....***446***

7. *LA SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA NO SE DISUELVE CUANDO LA ENTIDAD PUBLICA ADQUIERE EL 95% O MAS DE SUS ACCIONES*.....***448***

8. *DISOLUCION*.....***450***

V. SOCIEDADES DE FAMILIA

1. *CUANDO SE ENTIENDE QUE HAY SOCIEDAD DE FAMILIA*.....***451***

VI. SOCIEDADES DE HECHO

1. *LA SOCIEDAD DE HECHO, ASI SE DERIVE DEL CONSORCIO CELEBRADO COMO OBLIGACION ESTABLECIDA EN LA ADJUDICACION DE UNA LICITACION PUBLICA, POR DOCUMENTO PRIVADO EN EL CUAL PARTICIPA UNA SUCURSAL DE UNA SOCIEDAD EXTRANJERA, NO ESTA SUJETA A LA VIGILANCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES*.....***453***

VII. SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

1. *APRECIACIONES Y CRITERIOS QUE HAN SURGIDO EN TORNO A SU NATURALEZA JURIDICA*.....***461***

2. *NORMATIVIDAD LEGAL A LA QUE DEBEN SUJETARSE LOS ESTATUTOS SOCIALES DE UNA COMPAÑIA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA EN ORDEN A DETERMINAR EL GRADO DE LIBERTAD DE QUE GOZAN LOS PARTICULARES PARA EFECTOS DE LA ELABORACION DE LOS REFERIDOS ESTATUTOS*.....***464***

3. *DENOMINACION SOCIAL, CAPACIDAD Y OTROS ASPECTOS LEGALES DE SU CONSTITUCION*.....***465***

4. *EL CAPITAL SOCIAL EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA*.....***466***

5. *EN ELLAS TAMBIEN TIENEN OPERANCIA LAS REUNIONES POR DERECHO PROPIO Y DE SEGUNDA CONVOCATORIA, ASI COMO EL QUORUM CONFORMADO POR CUALQUIER NUMERO PLURAL DE ASOCIADOS CON EXCEPCION DE LOS CASOS EN QUE LA LEY O LOS ESTATUTOS EXIJAN UNA MAYORIA ESPECIAL*.....***468***

6. *EL NO PAGO DE LA TOTALIDAD DEL CAPITAL EN EL MOMENTO DE SU CONSTITUCION NO AFECTA LA EXISTENCIA, VALIDEZ, NI EFICACIA DE LA*

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

MISMA, COMO TAMPOCO LOS ACTOS POR ELLA REALIZADOS EN EJERCICIO DE SU OBJETO.....**473**

7. *EN LA LEGISLACION MERCANTIL NO EXISTE DISPOSICION QUE OBLIGUE A LOS SOCIOS A TOMAR UN SEGURO DE VIDA COMO MECANISMO DE GARANTIA PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION A CONTRAER POR LA SOCIEDAD*.....**474**

8. *LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA CONSTITUIDAS CON SOLO DOS SOCIOS NO SE DISUELVEN AL OCURRIR EL FALLECIMIENTO DE UNO DE ELLOS, SALVO QUE EN EL CONTRATO SOCIAL SE HAYA ESTIPULADO QUE LA COMPAÑIA NO CONTINUA CON LOS HEREDEROS DEL SOCIO DIFUNTO; NI PIERDEN LA CAPACIDAD PARA CONTINUAR EJERCIENDO SU OBJETO SOCIAL. LA REPRESENTACION DE LAS CUOTAS SOCIALES DEL "DE CUJUS" CORRESPONDE EN TERMINOS GENERALES, A LOS HEREDEROS A TRAVES DEL REPRESENTANTE POR ELLOS ELEGIDO*.....**476**

9. *LOS CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL SOBRE LAS CUOTAS EN LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA IMPLICAN UNA REFORMA ESTATUTARIA. LA CELEBRACION DE CONTRATOS DE FIDUCIA POR TODOS LOS SOCIOS CON UN SOLO FIDUCIARIO NO ES CAUSAL DE DISOLUCION*.....**481**

10. *LA MUERTE DE UN SOCIO EN UNA COMPAÑIA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA NO ES CAUSAL DE DISOLUCION SALVO PACTO EN CONTRARIO. SUS CUOTAS FORMAN PARTE DE LA SUCESION ILIQUIDA, CON LAS CUALES PUEDE APROBARSE LA DISOLUCION Y LIQUIDACION DE LA COMPAÑIA*.....**483**

VIII. SOCIEDADES EN COMANDITA

1. *NATURALEZA, CLASES DE SOCIOS QUE LA INTEGRAN, FORMA DE INTEGRAR EL CAPITAL Y REGIMEN JURIDICO APLICABLE*.....**485**

2. *EL SOCIO GESTOR QUE A SU TURNO SEA COMANDITARIO PUEDE REPRESENTAR LAS ACCIONES QUE TENGA EN LA ASAMBLEA DE ASOCIADOS, PUES UNA COSA ES LA REPRESENTACION LEGAL DE LA COMPAÑIA Y OTRA LA REPRESENTACION DE SUS PROPIAS ACCIONES*.....**487**

3. *EL SOCIO GESTOR NO PUEDE CONVERTIRSE EN COMANDITARIO APORTANDO SU TRABAJO O INDUSTRIA, PARA ELLO ES INDISPENSABLE EFECTUAR APORTE DE CAPITAL Y ASI ADQUIRIR LA DOBLE CALIDAD*.....**489**

4. *FORMA EN QUE DEBE HACERSE LA DELEGACION POR PARTE DE LOS SOCIOS GESTORES Y LA CONSECUENCIA QUE ORIGINA LA OMISION DE TAL PROCEDIMIENTO*.....**491**

5. *LA CALIDAD DE SOCIO GESTOR PUEDE TRANSMITIRSE POR SUCESION*...**494**

IX. SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES

1. *CONDICIONES PARA SU CONSTITUCION, CLASES DE SOCIOS QUE LA FORMAN Y ADMINISTRACION DE LA MISMA*.....**497**

X. SOCIEDADES ENTRE ENTIDADES PUBLICAS

1. *CREACION, DISPOSICIONES ESTATUTARIAS, VINCULACION Y REGIMEN FISCAL AL QUE ESTAN SOMETIDAS*.....**499**

XI. SOCIEDADES EXTRANJERAS - SUCURSALES

1. *SU DIFERENCIA CON LAS SUCURSALES Y OTRAS ENTIDADES EXTRANJERAS*.....**502**

2. *QUE SE ENTIENDE POR SOCIEDAD EXTRANJERA Y POR SUCURSALES DE SOCIEDAD EXTRANJERA. FORMAS EN QUE UNA PERSONA JURIDICA EXTRANJERA PUEDE PARTICIPAR EN EL CAPITAL DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL CONSTITUIDA EN EL PAIS*.....**503**

3. *OBLIGACIONES*.....**505**

4. *DADA LA NATURALEZA JURIDICA DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES Y SUS SUCURSALES, ES IMPOSIBLE LLEVAR A EFECTO LA TRANSFORMACION DE UNA SOCIEDAD COLOMBIANA EN SUCURSAL DE UNA PERSONA JURIDICA EXTRANJERA*.....**506**

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

5. *EL MANDATARIO GENERAL DE UNA SUCURSAL DE SOCIEDAD EXTRANJERA NO ESTA FACULTADO PARA NOMBRAR APODERADOS GENERALES O ESPECIALES SIN LA PREVIA AUTORIZACION DE LA CASA MATRIZ.....**507***

6. *LA CASA MATRIZ DE UNA SUCURSAL EXTRANJERA EN LIQUIDACION, CON EL FIN DE AGILIZAR EL PROCESO LIQUIDATORIO NO PUEDE DESIGNAR UN APODERADO ESPECIAL PARA QUE CONTINUE LOS TRAMITES RELATIVOS A LA TERMINACION DE LOS CONTRATOS Y PRESENTAR INDEPENDIENTEMENTE LA CUENTA FINAL DE LIQUIDACION.....**508***

7. *LA DISOLUCION DE LA PRINCIPAL COMO CAUSAL DE TERMINACION DE LOS NEGOCIOS EN COLOMBIA.....**509***

8. *LIQUIDACION DE SUS NEGOCIOS EN COLOMBIA.....**511***

XII. TITULOS VALORES

1. *PUEDEN CREARSE POR ESCRITURA PUBLICA, PRESTA MERITO EJECUTIVO UNICAMENTE SU PRIMERA COPIA - FORMA DE TRANSFERIRLOS Y PRESCRIPCION.....**512***

XIII. UTILIDADES

1. *DEBEN CONSIDERARSE LEGALMENTE VIABLES AQUELLAS DISPOSICIONES ESTATUTARIAS EN LAS QUE SE PACTEN MAYORIAS SUPERIORES A LA PREVISTA EN EL ARTICULO 155 DEL CODIGO DE COMERCIO PARA SU REPARTO.....**514***

2. *SU DISTRIBUCION ES INDELEGABLE DEL MAXIMO ORGANO SOCIAL- SE DISTRIBUYEN CUANDO SE ENCUENTREN JUSTIFICADAS POR BALANCES FIDEDIGNOS Y EN PROPORCION A LA PARTE PAGADA DEL VALOR NOMINAL DE LAS ACCIONES, CUOTAS O PARTES DE INTERES DE CADA ASOCIADO.....**518***

3. *CADA UNA DE LAS ACCIONES DA DERECHO A UN PORCENTAJE SOBRE LAS UTILIDADES DEL EJERCICIO CORRESPONDIENTE INDEPENDIENTEMENTE DE LA PERSONA DEL ACCIONISTA.....**519***

4. *LA PERSONA QUE ADQUIERE LA CALIDAD DE ACCIONISTA MEDIANTE SUSCRIPCION DE ACCIONES, NO TIENE DERECHO A PERCIBIR UTILIDADES ORIGINADAS EN EPOCA ANTERIOR A SUS INGRESOS COMO SOCIO DEL ENTE JURIDICO.....**520***

5. *CAPITALIZACION DE UTILIDADES. NO ES POSIBLE CONSAGRAR CON CARACTER PERMANENTE LA CAPITALIZACION DE UTILIDADES.....**523***

DOCTRINAS Y CONCEPTOS JURIDICOS 1995

CAPITULO I

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

I. ACCIONES

1. CONVERSION DE ACCIONES ORDINARIAS EN PRIVILEGIADAS

Para comenzar se tiene que las acciones pueden ser ordinarias o privilegiadas y, tanto las unas como las otras confieren los derechos establecidos en el artículo 379 del estatuto mercantil, distinguiéndose las últimas de las primeras en que las privilegiadas pueden otorgar a su titular los derechos que indica el artículo 381 citado, o cualquier otro derecho que se acuerde, a condición de que sea de carácter exclusivamente económico.

Con respecto a las acciones privilegiadas tenemos que pueden crearse, bien en el acto de constitución de la sociedad, pudiendo éstas figurar en los estatutos sociales, o bien con posterioridad al nacimiento a la vida jurídica del ente social.

Y es que en los estatutos sociales puede estipularse que el capital social de la compañía se divida en un determinado número de acciones, sin especificar si son ordinarias o bien puede consagrarse que el capital se divida en acciones de carácter ordinario. En el primer caso es obvio que para hacer una emisión de acciones privilegiadas con posterioridad a la constitución, no cabe reforma estatutaria alguna ya que al no haberse hecho tal especificación, las acciones de la sociedad pueden ser emitidas bajo una u otra clase; pero en el segundo evento, al estipularse la especificación aludida, necesariamente para cualquier emisión de acciones privilegiadas se requerirá de una reforma estatutaria previa.

Por tanto es viable afirmar de una parte que la creación de acciones privilegiadas con posterioridad al acto de constitución de la sociedad no requiere reforma estatutaria, mientras no se de la circunstancia antes indicada y de otra, que este caso no constituye una conversión de acciones, por lo cual no es menester una autorización de esta Entidad distinta a la que se exige para llevar a cabo la respectiva colocación, como lo dispone el numeral 16 del artículo 6o. del Decreto 2155 de 1992 nombrado, obviamente siempre que se trate de sociedades vigiladas.

Sobre la denominada ***conversión de acciones*** *es preciso afirmar, que la misma está consagrada dentro de nuestra legislación como una figura jurídica*

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

autónoma, en el artículo 39 de la ley 27 de 1990, incorporado en el artículo 2.3.2.10 del Decreto 653 del 1 de abril de 1993, **contentivo del Estatuto Orgánico del Mercado Público de Valores, el cual establece que las acciones con dividendo preferencial y sin derecho de voto podrán convertirse en acciones ordinarias**, dándole a dicho acto el carácter de reforma estatutaria para cuya adopción se exige una mayoría conformada por el 70% de las acciones en que se divida el capital social, debiéndose incluir en dicho porcentaje y en la misma proporción, el voto favorable de las acciones con dividendo preferencial.

De consiguiente, **cuando el numeral 26, artículo 6 del Decreto 2155 de 1992 atribuye a esta Entidad la facultad de autorizar determinadas reformas estatutarias, incluyendo entre ellas la "conversión de acciones", debe entenderse referida a la conversión aplicable a las mencionadas acciones preferenciales,** en razón de estar contemplada esta operación en nuestra legislación positiva como reforma estatutaria, que es a su vez el acto al que se circunscribe la facultad atribuída a esta Superintendencia.

(Oficio 220-21177, Octubre 1o. de 1993).

2. DE INDUSTRIA. SE OBTIENEN CUANDO EL APORTE INDUSTRIAL SE EFECTUA SIN ESTIMACION ECONOMICA DETERMINADA, PUES SI ASI NO FUERA HABRIA LUGAR A LA EXPEDICION DE ACCIONES DE CAPITAL

1. La ley mercantil ha fijado como condición esencial para la existencia del contrato de sociedad, la formación de un fondo social integrado por los aportes, que los asociados pueden hacer en dinero, en especie o en industria. Estos últimos no son otra cosa que los servicios personales que preste el socio en favor de la compañía, su trabajo, los conocimientos técnicos que posea ("Know how"), los secretos industriales, o, en términos generales, "toda obligación de hacer a cargo del aportante." (Artículo 380 del Código de Comercio).

2. Las obligaciones a que alude la expresión legal transcrita, abarcan un sinnúmero de actividades que pueden ser objeto de aporte en el contrato de la sociedad. En efecto, tales obligaciones de hacer, más que a otra cosa "se orientan a la prestación de servicios a favor del acreedor, ya sea suministrándole cosas para su uso o disfrute, como en el arrendamiento o el comodato, ya realizando un determinado hecho o una actividad en su

beneficio, como en el mandato" (JORGE CUBIDES C., Derecho de las Obligaciones. Tomo I, Ed. Universidad Javeriana, Bogotá, 1983, pág. 31).

3. Para determinar la naturaleza jurídica de las acciones de industria a que se refiere el artículo 380 del Estatuto Mercantil, es pertinente tener en cuenta que dicha obra ha distinguido entre dos formas diferentes de efectuar aportes en industria. Por una parte se ha establecido la posibilidad de estimar en un valor determinado la industria o el trabajo personal que se pretende aportar y por otro lado, se ha presentado la alternativa de no realizar tal estimación económica sobre el aporte industrial.

   El tratamiento que el legislador da a las dos opciones referidas, está plenamente diferenciado por la ley. En el último de los casos aludidos, "el aportante no podrá redimir o liberar cuotas de capital social con su aporte, aunque tendrá derecho a participar en las utilidades sociales y en cualquier superávit en la forma que se estipule" (Artículo 138 ibídem) A "contrario sensu" puede afirmarse que en la primera hipótesis mencionada, el aportante si redime verdaderas acciones de capital, cuya amortización se produce a lo largo del período contable, con cargo a la cuenta de pérdidas y ganancias, en forma tal que al asociado se le entregan acciones de capital íntegramente liberadas.

4. De lo anterior, puede inferirse con absoluta claridad la diferencia entre los derechos a que da lugar el aporte industrial con estimación pecuniaria determinada y aquellos que se originan en el aporte sin valorización económica fija.

   En el primer caso, resulta apenas obvio que el socio que ha liberado acciones de capital, a través de su industria, tiene todos los derechos a que alude el artículo 379 del Estatuto Mercantil. En la otra hipótesis, el asociado tendrá las prerrogativas consignadas en el aludido artículo 138 de la obra comercial, las cuales coinciden esencialmente con las establecidas en el artículo 380 del mismo Código, a cuyo tenor "los titulares de las acciones de goce o de industria tendrán los siguientes derechos;

   "1o. Asistir con voz a las reuniones de la asamblea;

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

"2o. Participar en las utilidades que se decreten, y "3o. Al liquidarse la sociedad, participar de las reservas acumuladas y valorizaciones producidas durante el tiempo en que fue accionista, en la forma y condiciones estipuladas".

5. *Lo expuesto anteriormente permite concluir que las acciones de industria a que alude el varias veces citado artículo 380 ibídem, provienen del aporte industrial sin estimación económica determinada, pues si así no fuera darían lugar a los derechos del socio capitalista a que se refiere el artículo 379 del Estatuto citado.*

6. *Para determinar con mayor precisión los contornos jurídicos de dichas acciones industriales, es conveniente traer a colación las palabras autorizadas del profesor José Ignacio Narváez para quien "la naturaleza del aporte de industria ofrece dos caracteres importantes: la temporalidad en razón a que está circunscrito por la duración de la sociedad o por el ciclo vital del asociado, pues muerto éste o incapacitado, no puede obtenerse; y la no negociabilidad mientras no sea cumplido puesto que se basa en las aptitudes y cualidades personales del aportante. Estas dos aristas impiden que el aporte de industria integre el capital social. Por eso el primer inciso del artículo 137 del Código de Comercio permite que el aporte consiste (sic) en la industria o trabajo personal de un asociado, sin que tal aportación forme parte del capital social. De ahí que se distinga entre socio capitalista y socio industrial, pues mientras aquél lleva fondo social (sic) dinero o cualquier bien especificado y apreciable en dinero, vale decir que contrae con la compañía una obligación de dar, el socio industrial promete a la compañía una obligación de hacer, que solo en la medida de su cumplimiento procura medios para realizar la actividad social y eventualmente para incrementar el patrimonio de la compañía" (Teoría General de las Sociedades, Ed. Legis, 1983, pág. 120).*

7. *En mérito de lo expuesto, es pertinente manifestar que no es posible retribuir el aporte de industria estimado en un valor determinado, con acciones de industria, por cuanto tal tipo de aportación, como quedó visto, da lugar a la expedición de acciones de capital, las cuales garantizan al aportante el disfrute de unos derechos, cuyo contenido y extensión resultan más amplios que los derivados de las acciones de industria.*

(Oficio AN-3976, Febrero 19 de 1991).

3. *EMISION DE ACCIONES PRIVILEGIADAS*

En cuanto a las acciones privilegiadas, es primordial tener en cuenta que las prescripciones legales que consagran el régimen al que está sujeta su creación, son de carácter eminentemente imperativo y por tanto de riguroso cumplimiento.

Bajo esa consideración, ha de entenderse que la emisión de tales acciones con posterioridad al acto de constitución de la sociedad, se halla condicionada al cabal cumplimiento de los requisitos que establece el artículo 382 del Código de Comercio, consistente el primero en que los privilegios respectivos sean aprobados por la asamblea general con el voto favorable de accionistas que representen como mínimo el 75% de las acciones suscritas y el segundo, que en el reglamento de colocación que a la asamblea le corresponde aprobar, se regule el derecho de preferencia en favor de todos los accionistas para que puedan ellos suscribirlas en proporción al número de acciones que cada uno posea el día de la oferta.

Sobre el particular es necesario precisar que al determinar la norma la necesidad de regular el derecho de preferencia, está con ello significando que ***en todo caso deben ser los accionistas los beneficiarios de las acciones que se emitan*** *y que se les debe permitir suscribirlas en proporción al número de las que posean al momento de la oferta,* ***pues es apenas obvio que al gozar esas acciones de privilegios que colocan a sus titulares en una posición económica más ventajosa frente a los demás, sean prioritariamente los accionistas mismos los llamados a beneficiarse con ellas*** *y sólo en caso de que uno o más de ellos no pudieran ejercer su derecho en los términos y condiciones en que se hubieren regulado en el reglamento, ahí si puedan tales acciones ser ofrecidas a terceras personas.*

Sin embargo, si ciñendose a las condiciones requeridas, la Asamblea General de Accionistas con el voto favorable de los accionistas que representen el 100% del capital, resuelve en ejercicio de la voluntad soberana que le asiste, renunciar a la suscripción preferencial de las acciones privilegiadas que legalmente están destinadas a ser adquiridas por ellos, para permitir que en su lugar las adquieran terceros, no se estaría con ello contrariando el sentido de la prescripción legal mencionada, pues en la manifestación emanada del máximo órgano social, está también implícitamente expresada la voluntad individual de todos y cada uno de los titulares del derecho respecto del cual están haciendo dejación.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Por tanto, si en el seno de la asamblea se adopta por unanimidad, la determinación de prescindir del ofrecimiento de las acciones privilegiadas a los accionistas, las mismas podrán ser directamente ofrecidas a terceros, toda vez que en tal caso ya ellos tuvieron prioritariamente la oportunidad que les brinda la ley de beneficiarse con la emisión de las mismas y simplemente desistieron de ella.

(Oficio 220-5170, Marzo 15 de 1994 y 220-6248, Abril 6 1994).

4. *EN LOS CASOS DE ENAJENACIÓN DE ACCIONES RESPECTO DE LAS CUALES EXISTAN DIVIDENDOS PENDIENTES AL MOMENTO DE LA CARTA DE TRASPASO, TALES DIVIDENDOS PERTENECEN AL VENDEDOR, SALVO PACTO EN CONTRARIO; Y LOS QUE SE CAUSEN CON POSTERIORIDAD AL COMPRADOR.*

Los dividendos se obtienen con motivo de la celebración del contrato de sociedad y de la calidad de accionista que se adquiere; siempre se decretan después de aprobar el balance y las cuentas de un ejercicio social, en lo cual radica su periodicidad. "El derecho a los beneficios se deriva del estado de socio y tiene su fundamento en el contrato" (Antonio Brunetti, "Tratado del Derecho de las Sociedades". Buenos Aires 1960 Trad. de Felipe de Sola Cañizares, T.I.: No. 125-pág. 313).

En este orden de ideas puede afirmarse que los dividendos son frutos civiles y, por consiguiente les son aplicables las disposiciones legales que los regulan.

Pero cabe analizar ahora si en nuestro derecho positivo comercial los dividendos han sido o no objeto de alguna definición. Sobre este tópico el profesor José Ignacio Narváez G. comenta en su obra "Teoría General de las Sociedades":

"Qué se entiende por dividendos?

La ley mercantil no contiene ninguna definición. El art. 40 del Decreto-Ley 2053 de 1974 da una definición descriptiva de lo que constituye dividendo, para los efectos de la relación jurídico-tributaria. En sentido lato, dividendo es el interés que corresponde al capital invertido en acciones. En sentido estricto es la cuota de

las ganancias líquidas obtenidas por la sociedad y que percibe periódicamente el accionista. César Vivante dice que es la "utilidad líquida pagadera periódicamente sobre cada acción" (45). Según Joaquín Rodríguez, es el núcleo central de los derechos patrimoniales del accionista, definido como "el que tiene el titular de cada acción de participar en el beneficio neto periódicamente distribuido" (46) y Miguel Sussini dice: "Se llama dividendo a la suma que resulta de dividir el monto de la utilidad líquida por el número de acciones en que a su vez se divide el capital social" o, más exactamente, "es igual al cuociente de la utilidad distribuida, dividida por el número de acciones" (47), (op. cit. pág. 177 y 178).

Así las cosas, observemos el problema a la luz de las normas legales:

De acuerdo con lo normado por el Código Civil, existen frutos naturales y civiles. "Se llaman frutos naturales los que da la naturaleza, ayudada o no de la industria humana" (art. 714 op. cit.).

Los segundos, frutos civiles, son según el artículo 717 inciso primero del Código antedicho, "...los precios, pensiones o cánones de arrendamiento o censo, y los intereses de capitales exigibles, o impuestos a fondo perdido". Por lo demás, el inciso segundo de esta disposición advierte que "los frutos civiles se llaman pendientes mientras se deben; y percibidos desde que se cobran".

Ahora bien, tratándose de materia comercial, el artículo 418 del Código Mercantil señala que, "Los dividendos pendientes pertenecerán al adquirente de las acciones desde la fecha de la carta de traspaso, salvo pacto en contrario de las partes, en cuyo caso lo expresarán en la misma carta". Para mayor inteligencia del alcance de la disposición transcrita, es menester acudir al artículo 919 de la obra comercial citada, contenido en las disposiciones que regulan la compraventa y la permuta, aplicables al caso, en donde se advierte que "los frutos naturales pendientes al tiempo de la entrega, y todos los frutos, tanto naturales como civiles, que después produzca la cosa, pertenecerán al comprador de buena fé exenta de culpa". A contrario sensu, se dirá que los frutos civiles pendientes hasta el momento de la entrega pertenecen al vendedor.

La sana hermenéutica de estas normas permite, pues, inferir que el sentido de los vocablos "dividendos pendientes" de que se habla en ellas, se refiere a aquéllos que han sido decretados pero no percibidos en la oportunidad de la enajenación de la acción que los produjo. En efecto, los dividendos pertenecen a quien sea titular, vale decir, dueño de la acción que da lugar a los mismos en el momento de hacerse exigible el pago respectivo, como se desprende del artículo

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

*último*mente citado, todo lo cual se encuentra en perfecta armonía con el artículo 455-inciso segundo-ibídem, en donde se indica que el pago del dividendo debe hacerse en dinero efectivo en la oportunidad que acuerde la asamblea al decretarlo y a quien ostente la calidad de accionista al tiempo de hacerse exigible cada pago.

Por manera que la Superintendencia considera que en los casos de enajenación de acciones respecto de las cuales existan dividendos exigibles al momento de la carta de traspaso, tales dividendos pertenecen al vendedor, salvo pacto en contrario, y los que se hagan exigibles con posterioridad a dicha carta, corresponden al comprador.

(Oficio D-7123, Mayo 4 de 1981).

5. NATURALEZA DEL TITULO ACCIONARIO Y DE LA LIBRE NEGOCIABILIDAD DE LAS ACCIONES.

La más completa concreción de la sociedad capitalista es la sociedad por acciones, que no es ya una unión de personas sino una fusión de capitales, cuya característica esencial es la completa separación del inversionista y de la empresa; la despersonalización del capital. Es claro que en tal sociedad quienes concurren al acto constitutivo contraen un vínculo personal, pero esta conjución de consentimientos tiene sólo un valor formal, ya que la causa, según Brunetti "... es bien distinta, pretendiendo el accionista crear una empresa que sirva para compensarle del riesgo de su inversión capitalista, mientras que en la sociedad de personas la mutua colaboración y la dirección de la empresa y el riesgo no están limitados al capital invertido, extendiéndose sobre el patrimonio personal; en las sociedades de capitales los accionistas no participan en la dirección de la empresa, de cuya gestión quedan completamente extraños, ni el riesgo de la empresa repercute sobre su patrimonio. No tiene importancia, desde este punto de vista, el hecho de que existan sociedades que coloquen sus acciones entre el público y otras que, por el contrario, las distribuyan dentro de un círculo restringido de personas unidas por vínculos de parentesco o de confianza a las que confían los cargos sociales (llamadas sociedades familiares, closed corporation en los Estados Unidos de América). El ordenamiento jurídico no debe preocuparse de tales situaciones sino considerar el fenómeno en el aspecto de la circulación, por el que las acciones que hoy se encuentran en manos de unos pocos, mañana se pueden encontrar en manos de muchos".(Tratado del Derecho de las Sociedades, T.II, págs.73 y 74).

Es bien sabido que uno de los elementos tipificantes de la sociedad anónima es la división del capital social en un número determinado de partes iguales denominadas acciones, cada una de las cuales, es, por consiguiente, una parte alícuota de aquél y por ello cuanto más elevada sea la cifra de la aportación de cada socio tanto mayor será el número de acciones asignadas a él. En esta clase de sociedades el "intuitu persone" desaparece y se sustituye como medida de participación, por las acciones poseidas; vale decir, la medida de la participación en el patrimonio y en la vida de la sociedad está determinada por el importe de las contribuciones para la formación del fondo común o social. Por consiguiente, quien aporte el dinero correspondiente a una o varias de estas cuotas-partes, se convierte por este solo hecho, en accionista y participa en la sociedad acorde con el número de las acciones suscritas.

La acción entonces, tiene un triple significado porque hace relación: 1) A una fracción de capital; 2) al derecho patrimonial de esa fracción; al título que la representa, caso en el que acredita el derecho del asociado.

Las características del título, según la doctrina son:

a) Es de participación, esto es, no exclusivo ni excluyente, puesto que se puede ejercer con otros titulares de derechos análogos en razón de la posesión de títulos similares de la misma sociedad;

b) Es de ejercicio continuado, pues no se agota con su aplicación en una sola vez (derecho de voto, percepción de dividendo, etc.) a diferencia de la letra de cambio que se cancela con el pago;

c) No es formal, porque la omisión de requisitos fijados por la ley no lo vicia de nulidad (salvo cuando hacen parte a su existencia misma: autenticidad, firmas requeridas, etc.);

d) Es incompleto, porque sus constancias deben integrarse con los estatutos y sus reformas;

e) Es causal, por su vinculación, con el estatuto social que establece su origen y límites, no expresados en la acción;

f) Es indivisible;

g) Es en serie, esto es, fungible dentro de la categoría que le corresponde;

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

h) *Es esencialmente comercial.*

En cuanto a los derechos que cada acción confiere a su titular, derechos que están fundados de acuerdo a las concepciones legales y doctrinarias modernas en la protección de la minoría, la buena fe, y, el mantenimiento de las bases fundamentales de la sociedad, es dable distinguirlos, de acuerdo a nuestro estatuto mercantil, en legales y contractuales; los legales están descritos en los artículos 191 y 379 del Código de Comercio y son: 1) A la intervención en el gobierno y administración de la sociedad mediante el voto. 2) Al dividendo. 3) Al ejercicio del derecho de inspección durante los quince días anteriores a las reuniones de asamblea general en donde se examinen los balances de fin de ejercicio. 4) A recibir una parte proporcional de los activos sociales al tiempo de la liquidación. 5) El derecho a la suscripción preferente en el aumento de capital (pero se admite su eliminación por el estatuto o por decisión asamblearia, sin fijar requisitos), 6) A la NEGOCIABILIDAD de las acciones, salvo que se estipule el derecho de preferencia en favor de la sociedad o de los accionistas o de ambos. 7) El de impugnación de los acuerdos o actos sociales.

Los derechos contractuales son las estipulaciones que consagran privilegios accesorios, en los términos y con las restricciones de que trata el artículo 381 del Código en cita.

Ahora bien, uno de los elementos esenciales de toda sociedad anónima consiste en que el capital esté representado en acciones, las cuales son libremente negociables, salvo los casos de excepción taxativamente indicados en el artículo 403 del Código de Comercio, en relación con las acciones privilegiadas, con las de industria, con las gravadas con prenda y con las COMUNES, si respecto de éstas se ha pactado en forma expresa el derecho de preferencia. A su turno, el artículo 407 ibídem dispone que si en los estatutos se estipula tal derecho preferente en la negociación, es menester prescribir los plazos y condiciones dentro de los cuales la sociedad o las accionistas podrán ejercerlo; y que el precio y la forma de pago de las acciones han de ser fijados en cada caso por los interesados, pero que si éstos no se ponen de acuerdo, intervendrán peritos designados por las partes, en su defecto, los nombrará el Superintendente. Y agrega: "No surtirá efecto la estipulación que contraviniere la presente norma". Esta sanción es sencillamente la ineficacia de pleno derecho, al tenor de lo preceptuado en el artículo 897 del mismo Código.

Es evidente que el citado artículo atiende ampliamente los principios enunciados, razón por la cual, en primer lugar, indica los requisitos

indispensables para poder pactar las limitaciones a la libre negociabilidad de las acciones y, a continuación, sanciona con la INEFICACIA toda estipulación en contrario.

Dichos requisitos son: a) Que las acciones sean nominativas (hoy todas deberían serlo en virtud de lo dispuesto por el artículo 45 de la Decisión 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena) b) que se estipule el derecho de preferencia en la negociación a favor de la sociedad o de los accionistas o de ambos c) que se indiquen los plazos y condiciones dentro de los cuales la sociedad o los accionistas podrán ejercerlo d) que el precio y la forma de pago de las acciones sean fijadas en cada caso por los interesados (obviamente vendedor y comprador) e) si no hubiere acuerdo entre éstos, se designarán peritos.

Sólo en virtud de una cláusula contractual que no exceda los términos de los requisitos anteriores, el accionista que desee enajenar sus acciones está obligado a permitir que la sociedad y los socios ejerzan previamente su derecho de preferencia y, una vez cumplida tal condición, sí estará facultado para enajenar a un tercero de su libre elección, las normas antes citadas salvaguardan por un lado la libre negociabilidad de la acción y por otro, el derecho de preferencia en la negociación. De consiguiente, cualquier cláusula contractual que establezca limitaciones de naturaleza tal que desvirtúen la una o el otro, resultan viciadas de ineficacia. Es lo que acontece precisamente con la estipulación que esa sociedad pretende introducir en sus estatutos para regular la negociación de sus acciones, acerca de la cual es pertinente agregar que la ineficacia que allí se prevé cuando se efectúe una negociación de acciones que no se ajuste a sus términos, es por demás insólita, ya que tal sanción es privativa del Legislador y de aplicación restrictiva. En Colombia sólo está consagrada para la contratación mercantil, en el artículo 897 del Código de Comercio, "cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos". Y es sabido que las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles se gobiernan por los principios que rigen la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modos de EXTINGUIRSE, ANULARSE o RESCINDIRSE, dentro de los cuales no se contempla la figura jurídica típicamente mercantil de la INEFICACIA.

Desde otro ángulo, la cláusula que se pretende adoptar obliga al accionista que desee enajenar sus acciones, parcial o totalmente, a dirigir una carta a la sociedad, con expresión de las condiciones en que se va a efectuar la enajenación, "las que deben estar aceptadas en firme por el presunto adquirente", estipulación que riñe abiertamente con los principios y normas que rigen el

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

período precontractual de la oferta y la aceptación, de que trata los artículos 845 y siguientes del citado Código. Además, obliga al presunto cedente a buscar primero a un extraño antes que formular la oferta a sus coasociados, imponiéndole la obligación de un acuerdo previo con el tercero, cuando los otros accionistas y la sociedad, tienen un derecho preferencial al negocio. En esta forma, se conduce prácticamente, a que en no pocas ocasiones se convierta en impractible el propósito de desvinculación, porque sería suficiente que el accionista que pretende vender no encuentre a una persona interesada o que no pueda acordar con ella un principio de negociación para que esté impedido de presentar su oferta a los demás accionistas, con la consecuencia inmediata de mantenerse vinculado a la sociedad, contra su propia voluntad, cuando precisamente los principios que rigen a esta clase de sociedades persiguen una finalidad totalmente contraria.

(Resolución No.13969, Septiembre 6 de 1978).

6. *OPORTUNIDAD PARA LA INSCRIPCION DE LAS ACCIONES EN EL LIBRO CORRESPONDIENTE CUANDO SU PAGO SE HA EFECTUADO POR CUOTAS.*

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 384 del Estatuto Mercantil, la suscripción de acciones es "...Un contrato por el cual una persona se obliga a pagar un aporte a la sociedad de acuerdo con el reglamento respectivo y a someterse a sus estatutos. A su vez la compañía se obliga a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente...".

Como se observa, el contrato de suscripción de acciones acarrea obligaciones recíprocas para las partes a saber:

a. Para el suscriptor, pagar el aporte de acuerdo al reglamento de colocación (artículo 376 del Código de Comercio) y someterse a los estatutos de la compañía.

b. Para la sociedad reconocer al suscriptor la calidad de acccionista y entregarle el título correspondiente dentro de los 30 días hábiles siguientes, contados a partir de la fecha del contrato (artículo 399 del mismo código).

Mientras no se cubra el valor total de la acción, la compañía expedirá un certificado provisional. Una vez pagado el aporte en su integridad, el ente jurídico por intermedio de su representante legal, cambiará el certificado provisional por

el título definitivo, el cual deberá expedirse de conformidad con los requisitos previstos en el artículo 401 del Código de Comercio.

Ahora bien, una vez expedidos el título o títulos (Provisionales o Definitivos), que acreditarán a su poseedor como accionista de la compañía, ésta deberá inscribir en el libro respectivo de accionistas los títulos correspondientes, con indicación de su número y fecha de inscripción, el número de las acciones relativas a cada título. (artículo 195 del Código tantas veces citado).

c. El reconocimiento de la calidad de accionista se obtiene al expedirsele el título provisional o definitivo que lo acredita como tal y por ende entra a ejercer los derechos inherentes a tal situación jurídica (artículo 399 del C. de Co.).

Sin embargo, para que la sociedad pueda permitirle al accionista ejercer los derechos es imprescindible que el accionista no esté en mora de pagar las cuotas de las acciones que haya suscrito, porque si lo está le corresponde a la Junta Directiva de la compañía entrar a escoger uno de los arbitrios consagrados en el artículo 397 de la obra ya citada.

2. Mientras esté vigente el plazo para la cancelación del monto total del valor de las acciones y el accionista cancela oportunamente las cuotas que le correspondan, puede ejercer los derechos que le confiere la ley (artículo 379 y 397 del Estatuto Mercantil), en el caso contrario, es decir, que esté vencido el plazo para el pago de las cuotas de las acciones suscritas y éstas no hubieren sido cubiertas íntegramente, el accionista no podrá ejercer los derechos inherentes a ellas (artículo 397 ya mencionado).

3. Las acciones serán libremente negociables estén o no liberadas ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 400 del C. de Co., del aporte no pagado, responderán solidariamente cedente y cesionario. Sin embargo el artículo 403 contempla las siguientes excepciones:

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

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

3a.) Las acciones de industria no liberadas, que no serán negociables sino con autorización de la Junta Directiva o de la Asamblea General, y

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

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

(Oficio AN-06956, Marzo 30, 1987).

7. PAGO.- LAS OBLIGACIONES ADQUIRIDAS POR EL SUSCRIPTOR PUEDEN EXTINGUIRSE POR MEDIOS DIFERENTES.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 384 del Código de Comercio, el suscriptor de acciones se obliga a pagar un aporte a la sociedad de acuerdo con el reglamento respectivo.

Para que se extinga la obligación antedicha es menester el pago de la prestación debida, el cual se hará bajo todos los aspectos en conformidad con el tenor de la obligación misma, ya que el acreedor no está obligado a recibir cosa distinta a la debida, ni aún a pretexto de ser de igual o de mayor valor a la ofrecida.

Sin embargo, como los principios que gobiernan la formación y extinción de las obligaciones de derecho civil son aplicables a las obligaciones mercantiles, habrá de acudirse a tales principios, salvo que la ley comercial disponga otra cosa.

En atención a que la codificación comercial no regula el modo de extinguirse las obligaciones comerciales se estará a los ordenamientos contenidos en el Código Civil, por lo cual procede analizar si la obligación contraída por el suscriptor puede extinguirse por medios diferentes al pago, enunciados en forma no taxativa por el artículo 1652 del Código Civil, y los cuales se configuran por el acaecimiento de determinados hechos y actos jurídicos que ponen fin a la existencia del vínculo entre acreedor y deudor.

La norma legal citada se refiere, entre otros modos de extinguir las obligaciones al pago, a la compensación, a la confusión, a la novación, figuras éstas que se comentan enseguida.

El pago efectivo es la prestación de lo que se debe. Por consiguiente el cumplimiento de la prestación debida al satisfacer el derecho del acreedor extingue el vínculo jurídico que lo unía con su deudor, el cual queda liberado.

La novación es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por lo tanto extinguida (Art. 1687 del C.C.). Es la extinción del vínculo preexistente entre acreedor y deudor para dar paso al nacimiento de una nueva obligación que reemplaza a la antigua.

Data desde el derecho romano, pero ha perdido vigencia en los tiempos modernos en virtud de otras instituciones jurídicas de mayor simplicidad que aquel derecho no conoció como son la cesión de créditos, la subrogación del deudor y la dación en pago.

La novación al tenor del artículo 1690 ibídem, puede verificarse bien en forma objetiva ó bien en forma subjetiva, aquella se opera por cambio de la causa de la obligación o por variación del objeto de la obligación, en tanto que la novación que se realiza en forma subjetiva tiene lugar respecto del acreedor, como cuando la mutatio creditoris aparece acompañada del consentimiento del deudor y de la sustitución de la antigua obligación que queda extinguida para dar paso al nacimiento de una nueva; obra con relación al deudor en el evento en que el acreedor acepte recibir la prestación debida de manos de un tercero, declarando libre al deudor primitivo.

Pero no debe perderse de vista que para la operancia de la novación se requiere: a) intención de novar (animus novandi); b) validez de las obligaciones entre las cuales se va a producir el fenómeno; c) diferencia sustancial entre la antigua obligación que se extingue y la nueva que la sustituye.

La compensación existe cuando dos personas son deudoras y acreedoras recíprocamente. Su finalidad no es otra que la de lograr la simplificación en las relaciones entre deudor y acreedor, evitando un doble pago.

Para que exista la compensación es necesario: a) que ambas obligaciones sean de la misma naturaleza (dinero, cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad; b) que ambas partes sean recíprocamente deudoras; c) que ambas deudas sean exigibles; d) que las dos deudas sean líquidas.

Conviene precisar que para la procedencia de la compensación no es requisito que los créditos entre los cuales ha de darse ese fenómeno jurídico hayan tenido su origen en la misma fuente.

También conviene advertir que si bien es cierto que el estatuto civil colombiano solamente ha regulado la compensación legal, no es menos evidente

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

la existencia de otros tipos, así: la compensación convencional, como cuando las partes convienen en compensar sus respectivos créditos en razón a que la compensación legal no opera entre ellas por ausencia de algún elemento y la compensación judicial, que puede ocurrir por la presentación de la demanda de reconvención en atención a la imposibilidad del deudor para proponer la excepción legal a compensación por carencia en su crédito de un elemento esencial para ello.

La confusión es la concurrencia en una misma persona de las calidades de acreedor y deudor con relación a ella misma, como bien se desprende del artículo 1724 del Código Civil.

En este fenómeno únicamente interviene una persona, a diferencia de la compensación donde necesariamente han de concurrir dos.

Si la existencia de la obligación presupone imprescindiblemente la presencia de dos partes (acreedor y deudor), la desaparición de una de ellas trae como consecuencia la extinción de la obligación. Esa desaparición siempre ha de tener por causa la denominada "sucesión jurídica", es decir, el traspaso del crédito o de la deuda, lo que puede tener lugar en virtud de la cesión, si el acto es entre vivos, o por transmisión mortis causa.

(Oficio OA-18773, Septiembre 26 de 1984).

8. PRENDA DE ACCIONES. DERECHOS QUE CONFIERE

Nótese de la lectura del artículo 411 del Código de Comercio, que, en tratándose de los derechos sociales que puede conferir la prenda de acciones, la voluntad privada encuentra un amplio campo de acción. El contenido de la prenda de acciones no está precisado por la ley. Luego, como norma supletiva que es, quienes tengan interés en regularla, modificarla o desconocerla - atendiendo su conveniencia para la situación particular- bien pueden hacerlo al celebrar un negocio jurídico. Por ello es claro que los socios, al celebrar el contrato de sociedad o al reformarlo, se encuentran habilitados para pronunciarse al respecto, toda vez que pueden tener interés en su regulación, modificación o desconocimiento. Interés, por ejemplo, de que en el destino del ente jurídico no intervengan personas que no han vinculado aporte alguno para desarrollar la empresa social y, en ese entendimiento, disponer estatutariamente que el derecho de deliberar y decidir no pueda cederlo el accionista al acreedor pignoraticio.

Si bien es cierto que el artículo 411, ídem, prevé que el acuerdo sobre la cesión de los derechos propios del accionista corresponde a las partes del contrato de prenda, no por ello es dable afirmar que en el contrato de sociedad no se pueda disponer sobre el particular, porque -como ya se precisó- en esta materia cobra entidad el postulado de la autonomía de la voluntad privada y, por tanto, el socio puede restringirse a sí mismo la discrecionalidad de que goza para transferir sus derechos al adherir al contrato de sociedad que contemple la norma en estudio, Debe destacarse, pues, que la fuente de la restricción se encuentra en la voluntad del accionista, la cual se pone de manifiesto al suscribir el contrato de sociedad.

Del "status socii" no sólo nacen derechos exigibles a la persona jurídica sino que de hecho también surgen obligaciones con relación a la sociedad. Por esto es viable que la normatividad de la relación jurídica socio-sociedad pueda rebasar su órbita propia y, por tanto, afectar relaciones del socio con terceros, en razón del interés común que le asocia.

(Oficio OA-588, Enero 18 de 1979)

9. PRIMA EN COLOCACION DE ACCIONES ES UN ELEMENTO JURIDICAMENTE INESCINDIBLE DEL VALOR DEL PRECIO AL QUE SE OFRECEN LAS ACCIONES Y POR ENDE, SUJETA A LAS RESTRICCIONES PREDICABLES DE ESTE ULTIMO. NO PUEDE PACTARSE UN PLAZO SUPERIOR AL AÑO PARA LA CANCELACION DE AQUELLA.

Se estima pertinente precisar algunos conceptos en relación con el contrato de suscripción de acciones, el reglamento, y en particular, el precio de las acciones.

Como primera medida, se considera imperativo destacar que el contrato para la suscripción de acciones, como todo contrato, requiere el acuerdo de voluntades de las partes intervinientes mediante la manifestación expresa del oferente y la tácita o expresa del aceptante, pero en cualquiera de los dos casos inequívoca, para obligarse en los términos y condiciones acordados.

Esta voluntad de obligarse, que se traduce en la celebración de un contrato de suscripción de acciones, debe corresponder a la oferta hecha por la sociedad.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

En punto a la oferta, al tenor del artículo 845 del Código de Comercio, por oferta o propuesta debemos entender el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, el cual deberá contener los elementos esenciales del negocio y además, ser comunicada al destinatario, es decir, a la persona o personas con quien el oferente desea contratar.

Ahora bien, dado que la oferta debe contener los elementos esenciales del negocio jurídico propuesto, estos son, los mismos elementos esenciales al contrato de suscripción, el Legislador Mercantil consideró prudente señalar los elementos mínimos que debe contener todo reglamento:

"Artículo 386.- El reglamento de suscripción de acciones contendrá:

1. *La cantidad de acciones que se ofrezca, que no podrá ser inferior a las emitidas;*

2. *La proporción y forma en que podrán suscribirse;*

3. *El plazo de la oferta, que no será menor de quince días ni excederá de tres meses;*

4. *El precio a que sean ofrecidas, que no será inferior al nominal, y*

5. *Los plazos para el pago de las acciones.*

Del artículo transcrito se infiere, que el reglamento incorpora la oferta, cuya aceptación deviene en el contrato de suscripción. Para verificar que tanto la oferta como la suscripción se hagan respetando las normas legales y estatutarias, los artículos 390 y 392 del Código, consagran tanto la autorización previa del Despacho como su verificación posterior, respectivamente, a efectos de comprobar que la oferta se haya formulado en los mismos términos en que fue aprobado el reglamento de suscripción de acciones.

Lo anterior significa, que dentro de la oferta presentada al posible suscriptor, entre otros elementos, debe encontrarse definido en forma íntegra el precio de cada acción.

Pero qué debemos entender por precio?

- *El artículo 905 del Código de Comercio señala que es el dinero que el vendedor da por la cosa vendida;*

- *El artículo 1864 del Código Civil, aunque no lo define, dispone que debe ser determinado por los contratantes por cualquiera de los medios o indicaciones que sirvan para fijarlo;*

- *A su vez el "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual" del tratadista Guillermo Cabanellas, textualmente expresa: "Valor de una cosa en dinero. Cantidad que por ella se pide. Valor de cambio. Prestación esencial del comprador (v.) en la compraventa. Contraprestación de una obligación. ... "entre otras definiciones)Pág. 347, 20a. edición, 1986, Editorial Heliasta S.,R.L.);*

- *El Dr. José Alejandro Bonivento Fernández, en su obra "Los principales Contratos Civiles y su Paralelo con los Comerciales", al pie de la letra lo define como "...el objeto de la obligación del comprador y la causa de la obligación del vendedor" (Pág. 72, 7a. edición, 1987, Ediciones Librería del Profesional).*

Es de anotar, que el Despacho consulta las anteriores definiciones al amparo de lo dispuesto por los artículos 1o., 2o. y 823 del Código de Comercio, concebidos como brújula auxiliar del intérprete, en cualquier labor tendiente a la determinación del sentido jurídico o técnico de una palabra o frase contenida en la Ley mercantil o en un contrato de esta naturaleza en particular.

Así las cosas, si como precio entendemos las sumas de dinero o las especies estimadas en un valor comercial determinado, que a la sociedad cancele el suscriptor como contraprestación por las acciones colocadas y suscritas con base en un reglamento, es posible colegir, que en algunas oportunidades el precio se conforma con el valor nominal únicamente y en otras, con éste más la prima en colocación de acciones.

En armonía con lo expresado por el numeral 5o. del artículo 386, el artículo 387 del Código de Comercio ordena:

"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

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

suscrita. El plazo para el pago total de las cuotas pendientes no excederá de un año contado desde la fecha de la suscripción".

Como se observa, el Legislador Mercantil, atendiendo los distintos elementos y circunstancias que pueden llegar a integrar e incluso, a determinar el precio y su valor, prefirió no regular su conformación, únicamente previno que éste no podrá ser inferior al valor nominal de la acción, dejando a la voluntad de las partes establecer si a bien lo tienen, un valor superior al nominal, lo cual no significa que el mayor valor previsto por los futuros contratantes se desmiembre del precio de que habla el Código de Comercio en los artículos ya mencionados.

Es de recordar que según el artículo 28 del Capítulo IV del Código Civil, las palabras de la ley deben entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, salvo que el Legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, caso en el cual, se les dará en estas su significado legal.

Ahora bien, en lo tocante con la interpretación de los negocios jurídicos mercantiles, como complemento de los artículos citados la legislación comercial consagra algunos principios o reglas especiales en materia de interpretación, entre los cuales merecen destacarse los siguientes:

a. *Las estipulaciones de los contratos validamente celebrados prefieren a las normas supletivas (artículo 4o. del Código de Comercio).*

En el caso en comento, las normas de los artículos 110 ordinal 5o., 130, 345 y 387, son de naturaleza imperativa y por ende, de obligatorio cumplimiento, sin que le sea posible ni permitido a los particulares desconocer el mandato explícito que ellas contienen.

b. *Las costumbres mercantiles servirán, además, para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos y convenios mercantiles (artículos 5o. ibídem).*

Existiendo una definición y unos parámetros legales, se debe atender éstos y sólo en caso de vacíos, es posible acudir y consultar a la costumbre sobre ese particular.

c. *Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino*

a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural (artículo 871 ibídem).

Como lo señalaramos anteriormente, el precio al que se ofrece una acción puede estar integrado o conformado por diversos elementos, entre los cuales la prima en colocación de acciones, se destaca por constituir un importante factor de equidad para con los antiguos accionistas.

Al respecto, el Dr. José Ignacio Narváez, citando a los tratadistas españoles Joaquín Garrigues y Rodrigo Uria, expresa:

"En efecto, cuando la marcha de una empresa es floreciente y tiene un patrimonio superior al capital social, cualquier ampliación del capital hecha a la par reduciría proporcionalmente la diferencia entre capital y patrimonio, produciendo una desvalorización de las acciones antiguas, que puede contrarrestarse exigiendo a los suscriptores de las acciones nuevas una prima o sobreprecio por cada título, proporcional a esa diferencia inicial entre capital y patrimonio, es decir, proporcional a las reservas efectivas acumuladas por la sociedad con anterioridad a la emisión de los títulos nuevos, La prima de emisión producirá así el efecto equitativo de nivelar la situación patrimonial de los accionistas nuevos con la de los viejos, que han ido constituyendo reservas en la empresa a costa de reducir los beneficios repartibles en ejercicios anteriores y han corrido, además, los riesgos inherentes a toda empresa antes de su estabilización tras de un proceso de funcionamiento normal y provechoso".

En este orden de ideas, podemos sintetizar lo expuesto, en aquél principio general que señala "donde no distingue el legislador no le es dable distinguir al intérprete".

Luego de esta breve exposición, es conclusión obligada que la prima en colocación es un elemento jurídicamente inescindible del valor del precio al que se ofrecen las acciones y por ende, sujeta a las restricciones predicables de este último.

En este punto no hay que llamarse a confusiones, pues si bien las disposiciones contables establecen una separación para la afectación de los rubros, ordenando que el valor nominal se contabilice afectando la cuenta del capital suscrito y la prima en colocación de acciones con cargo a la cuenta del mismo nombre (artículo 84 del decreto 2649 de 1993), esto no significa que jurídicamente se bifurque el precio dando la opción de establecer formas de pago

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

diferentes para cada rubro, toda vez que como ya se dijo, el precio es único e íntegro porque así lo quiso el legislador del setenta y uno (71).

(Oficio 42700, Agosto 16 de 1995)

10. READQUISICION DE ACCIONES

Readquisición de acciones propias.

La adquisición de acciones por parte de la sociedad carece de validez cuando la asamblea general de accionistas no se ha pronunciado expresamente sobre tal operación.

En efecto, el Artículo 396 del Código de Comercio dispone:

"Art. 396.- La sociedad anónima no podrá adquirir sus propias acciones, sino por decisión de la asamblea con voto favorable de no menos del setenta por ciento de las acciones suscritas.

Para realizar esa operación empleará fondos tomados de las utilidades líquidas, requiriéndose, además, que dichas acciones se hallen totalmente liberadas. Mientras estas acciones pertenezcan a la sociedad, quedarán en suspenso los derechos inherentes a las mismas.

La enajenación de las acciones readquiridas se hará en la forma indicada para la colocación de acciones en reserva."

Se advierte, del análisis de la norma preinserta, que son cuatro los requisitos para que sea predicable la validez del tipo de negociación de acciones en cuestión:

a) Que obedezca a una determinación de la Asamblea.

b) Que esa determinación sea adoptada con el voto favorable de no menos del setenta por ciento de las acciones suscritas.

c) Que la sociedad pague las acciones con fondos tomados de las utilidades líquidas.

d) Que las acciones objeto del negocio jurídico se encuentren totalmente liberadas.

Como puede observarse, es clara la intención del legislador de que la adquisición de acciones propias obedezca a un pronunciamiento de la Asamblea., Es inequívoca dicha intención y así aparece, igualmente, en la Ley 58 de 1931 (Art. 31), en el Decreto 2521 de 1950 (Art. 63) y en los proyectos de reforma al Código de Comercio de 1958 (Art. 578) y 1970 (art. 385)

Es, pues, función privativa de la Asamblea disponer la adquisición de acciones de la propia sociedad. Al citado cuerpo colegiado, como órgano en el cual se concreta la voluntad social, corresponde adoptar ésta decisión, más nunca a los administradores. Aprobada la adquisición de conformidad con la ley y los estatutos, el representante legal celebrará la negociación a nombre del ente jurídico.

Concuerda esta disposición con el Artículo 407, ibídem, es decir, cuando está pactado el derecho de preferencia en la negociación de acciones a favor de la sociedad. Es la asamblea la encargada de decidir si se ejerce el derecho de preferencia o nó , si la decisión es en sentido positivo, se está pronunciando de contera sobre una adquisición de acciones de la compañía.

Esa manifestación de la voluntad colectiva debe ser expresa. No puede referirse a una voluntad tácita. Por lo tanto, de la creación de una reserva "Para readquisición de acciones propias" no puede inferirse dicha voluntad.

En tratándose de una reserva ocasional, la asamblea podrá distribuírla o cambiarle su destinación (Art. 453 del Código de Comercio) lo cual demuestra que no es unívoco el pronunciamiento del supremo cuerpo colegiado de la compañía acerca de la adquisición de acciones, posibilidades que no son aceptables si se ha celebrado la negociación, porque podría conllevar una disminución del capital social.

Así mismo, si fuera viable hablar de una voluntad tácita por la constitución de esta reserva ocasional, eventualmente se permitiría la violación del quórum decisorio exigido por la ley. Efectivamente, para aprobar una reserva ocasional no se requiere una mayoría cualificada, mas para determinar la adquisición en comento se exige el voto favorable de no menos del setenta por ciento de las acciones suscritas.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Tampoco se puede pensar que al crearse la reserva se está delegando la determinación de la adquisición en otro órgano, porque como ya se dijo, es función privativa de la Asamblea.

Si es una reserva estatutaria, es clara la intención de los socios de retener utilidades líquidas para atender futuras adquisiciones de acciones de la misma sociedad, pero tales adquisiciones se producirán una vez la asamblea así lo determine. Igualmente, esta reserva es distribuíble o puede incrementar otra, a través de una reforma del contrato (Art. 453, ídem).

De lo expuesto, es forzoso concluir que debe distinguirse la determinación de la Asamblea de constituír la "Reserva para readquisición de acciones propias" de aquella que ordena llevar a cabo la operación. Sin embargo, la determinación de adquirir las acciones depende de la existencia de una reserva con tal destinación, cuyo monto ascenderá, por lo menos, al valor de las acciones a comprar, computadas a su valor nominal; de lo contrario, se pretermitiría el artículo 396 del Código de Comercio, cuando dispone que para la operación se emplearán fondos tomados de las utilidades líquidas y se produciría una disminución del capital, como ya se observó.

(Oficio J-14831, Septiembre 21 de 1978).

11. READQUISICION.- REQUISITOS. LA ASAMBLEA NO ESTA FACULTADA PARA IMPONER A LOS ASOCIADOS LA OBLIGACION DE VENDER SUS ACCIONES A LA SOCIEDAD NI PARA FIJAR EL PRECIO DE LAS MISMAS.

Por medio de esta figura jurídica la sociedad recobra el dominio de las acciones que ella emitió y que por virtud de una colocación o capitalización de utilidades se hallan en poder de sus accionistas.

Presupone tres actos a saber: una determinación expresa de la asamblea de accionistas, lo mismo que la constitución de una reserva para realizar la operación; una negociación entre la sociedad y el accionista que implica la celebración de un contrato de compraventa; y la cancelación del título de las acciones, objeto de la readquisición.

En efecto, el artículo 396 del Código de Comercio se refiere a la figura que se comenta y señala los requisitos a cumplir para que ella produzca efectos.

Vale anotar que de la norma legal citada se infiere con claridad meridiana que a la asamblea general de accionistas compete de manera privativa disponer la adquisición de las acciones propias de la sociedad. Otra cosa es que una vez obtenida la decisión de la asamblea corresponda al representante legal llevar a término con el accionista o accionistas que pretendan vender, una negociación, que si culmina con un acuerdo, implica la celebración de un contrato de compraventa.

Por tanto, sólo en este órgano se concreta la voluntad social para llevar a término esa operación, y una vez se haya manifestado esa voluntad corresponde al representante legal de la sociedad adelantar la negociación con el accionista enajenante y celebrar con éste un contrato de compraventa.

Es necesario detenerse en el análisis así sea breve, de la decisión del máximo órgano y que determina la manifestación de la voluntad social, a que ya se hizo alusión.

Es verdad sabida que las personas jurídicas forman y manifiestan su voluntad a través de sus órganos y se constituye por el pronunciamiento expreso de los asociados.

No debe perderse de vista que la voluntad social no puede rebasar el marco de su competencia, señalado en la ley o en el contrato, ni invadir el terreno autónomo de los asociados para hacer más onerosa la condición de éstos.

Recuérdese que todas las obligaciones de los accionistas frente a la sociedad deben quedar plasmadas en el contrato social y si se pretende constituir una prestación a cargo de los asociados, no prevista en los estatutos, ella debe tener origen en un acto voluntario de los mismos.

Baste citar a guisa meramente ilustrativa el caso previsto en el artículo 123 del Código de Comercio, que protege a todo asociado de la imposición de la obligación de aumentar o reponer su aporte, salvo que tal obligación se estipule expresamente en el contrato.

Cabe preguntar, entonces: es válida la estipulación estatutaria mediante la cual se impone a los accionistas la obligación de enajenar a la sociedad parte de sus acciones?. Qué validez tiene una decisión de la asamblea general que impone a los asociados esa obligación?.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Procede estudiar cada uno de los casos planteados.

Respecto al primero de ellos debe recordarse, como ya se expresó, que toda obligación a cargo de los asociados debe constar en los respectivos estatutos sociales. Por consiguiente, bien podría pensarse que tal estipulación es perfectamente viable, máxime cuando ella prevé la forma de determinar el precio, lo determina o confiere a un tercero el encargo de fijarlo, evento en el que podría darse un pacto de preferencia regulado por el artículo 862 del Código de Comercio, pacto cuyo término no puede exceder de un año.

Sin embargo, no parece ajustada a derecho la anterior interpretación habida consideración que las únicas limitaciones que preceden a la libre negociación de acciones son las contenidas en el artículo 403 del Código de Comercio, dentro de las cuales deben señalarse el derecho de preferencia.

En tal norma se consagra como regla general la libertad en la negociación y se señalan de manera taxativa los casos de excepción, es decir, aquellos eventos en los cuales se ha limitado esa libertad bien por disposición legal expresa o por norma estatutaria.

Conviene, para mayor claridad del caso que se estudia, distinguir el pacto o contrato de opción del derecho de preferencia.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 862 ya citado, el pacto de preferencia impone al que lo concede la obligación de cumplir su compromiso. Para su validez, debe estar sometido a un término, que no puede tardar más de un año en cumplirse. Conviene citar en torno suyo lo expresado por el Máximo Tribunal del país sobre la opción, en razón a su semejanza: "Consiste esencialmente la opción en la obligación que adquiere una persona de vender a otra, en el caso de que ésta se decida a comprar según condiciones predeterminadas en el contrato. La opción implica para su validez un término o una condición que no puede tardar más de un año en cumplirse" como lo expresa la Corte Suprema de Justicia. (sentencia, 18 de mayo de 1946, LXII,20).

En el derecho de preferencia la persona que lo constituye no está obligada a vender por un precio preestableciedo, ni dentro de un término fijo, o al cumplimiento de una condición, pues conserva su libertad de vender; únicamente ha contraído la obligación de vender a una persona determinada, cuando vaya a enajenar.

Procede ahora estudiar la validez de una decisión adoptada por la asamblea general de accionistas, consistente en la imposición a los asociados de vender parte de sus acciones.

Vale recordar que las obligaciones nacen, como se desprende del artículo 1494 del Código Civil, del acto jurídico, del acto ilícito, del enriquecimiento sin causa o de la ley.

De tales fuentes es necesario detenerse en el concepto de acto jurídico.

Su característica predominante es la voluntariedad en su ejecución; su finalidad, es producir efectos en el plano jurídico. De ahí que pueda decirse que es una manifestación de la voluntad, directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos (crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas).

Cuando en su formación interviene una sola voluntad, se estará frente a un acto jurídico unilateral; pero si en ella intervienen dos o más voluntades el acto jurídico será bilateral.

Con base en lo anterior, las decisiones de los órganos sociales son actos jurídicos unilaterales, pues en su formación ha intervenido una sola voluntad: la de la sociedad; y son, además, la expresión de una sola voluntad: la de la sociedad.

De ahí que tales decisiones carezcan de fuerza para generar actos jurídicos que, como los contratos, requieren y presuponen inexorablemente el concurso real de dos o más voluntades.

Así las cosas, la decisión de la asamblea general de readquirir acciones es un acto unilateral emanado de una sola persona (sociedad); para lograr ese objetivo será necesario, entonces la ejecución de otro acto, de contenido bilateral, cual es la celebración de un contrato de compraventa con uno o varios accionistas. Por ello no es dable confundir esa decisión del máximo órgano con el consentimiento que los asociados deberán expresar al momento de celebrar la negociación correspondiente, cuando se pongan de acuerdo sobre cosa y precio. Y mientras esto no suceda, qué obligación adquiere la sociedad y cuál los accionistas?. Evidentemente, ninguna.

No puede olvidarse que el contrato de compraventa, como todo contrato, es fuente de obligaciones y por tal razón es necesaria la intención por parte del

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

vendedor de transferir el dominio, y necesaria, también, la intención del comprador de adquirir el dominio, la decisión que se comenta apenas puede tomarse como la expresión de la intención de la sociedad de adquirir el dominio de sus propias acciones.

Es pertinente hacer referencia al carácter general y a la obligatoriedad de las decisiones de la asamblea general de accionistas, a que alude el artículo 188 del Código de Comercio.

Es cierto que tales decisiones obligan a todos los asociados, aún a los ausentes y disidentes, cuando las reuniones en que se adoptaron se realizaron con observancia de las normas legales y estatutarias en lo que respecta al lugar de la reunión, convocatoria y quórum; cuando ellas (las decisiones) se ciñen a la ley y a los estatutos; y cuando finalmente, tengan carácter general.

Por carácter general de una decisión debe entenderse que su fin no es otro que el bien colectivo, es decir, en interés tanto de la sociedad como de todos los asociados, lo cual excluye el interés particular de unos pocos o el favorecimiento de algunos, en detrimento de otros.

Pero no debe perderse de vista que una decisión, así sea adoptada por las mayorías requeridas en la ley o en el contrato social, no puede afectar derechos patrimoniales de los asociados; y sí los afectare, se tornaría en un abuso del derecho, en una desviación del poder, convirtiendo, así, a esas mayorías en verdaderos instrumentos de coacción.

Carece de lógica jurídica que un vínculo contractual pueda crear incertidumbre en los propios derechos de una de las partes, y que su suerte quedase a merced de los que dispusiese la otra.

De lo expuesto se deduce pues, amén de otras consideraciones, que la asamblea general no puede imponer a los accionistas la obligación de vender sus acciones.

Se dijo al iniciar este análisis que la readquisición de acciones presupone una negociación que implica la celebración de un contrato de compraventa.

En efecto, el artículo 396 del Código de Comercio ordena que para la realización de esta operación se emplearán fondos tomados de las utilidades líquidas, lo cual significa que se pagará en dinero el valor o precio de las acciones

que se pretendan readquirir, lo que conlleva, indefectiblemente, a la celebración de un contrato nominado: compraventa.

Es sabido que ese contrato es consensual por regla general, pues basta que las partes se pongan de acuerdo sobre la cosa y el precio para que se perfeccione y por ende, para que ellas, queden obligadas recíprocamente; y es solemne en los casos previstos en la ley.

Los elementos que lo integran son subjetivos (capacidad e intención) y objetivos (cosa y precio).

De tales elementos se analizará únicamente el precio en razón a su importancia destacada desde los orígenes del Derecho Romano. Así, para Ulpiano "sine pretio nulla est venditio".

Como elemento esencial el precio debe ser en dinero; determinado o determinable; y, real.

Para algunos autores, además de real, el precio deber ser justo. El Código de Comercio prescribe en su artículo 920 que el precio irrisorio se tendrá por no pactado.

Para no hacer más extenso este análisis, la Superintendencia se detendrá en la determinación del precio, prescindirá del análisis de las otras características.

Sobre el particular puede afirmarse: 1o. El precio debe ser determinado por los contratantes; 2o. los contratantes pueden acordar las bases que sirvan para su determinación; 3o. El precio puede ser determinado por un tercero; 4o. La determinación del precio no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Conviene detenerse en el último de los principios enunciados.

Obsérvese, en primer término, que el artículo 920 del Código de Comercio dispone que no habrá compraventa si los contratantes no convienen en el precio o en la manera de determinarlo y que el artículo 1865 del Código Civil prohibe dejar el precio al arbitrio de uno de los contratantes.

En segundo término, debe recordarse que de acuerdo con el artículo 1501 del ya citado Código Civil, son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno o degenera en otro.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Si por esencia se entiende aquello por lo cual una cosa es lo que es y no otra, un acuerdo de voluntades solamente se puede reputar compraventa cuando, a la par de los demás elementos que integran ese contrato, existe precio.

Y, cuando hay ausencia del precio? La respuesta es simple. Cuando las partes no lo determinaron, ni acordaron las bases para fijarlo, ni definieron en un tercero su señalamiento o éste no lo determinó, o cuando se dejó al arbitrio de una de las partes su determinación.

En efecto, las normas legales antes citadas imponen a los contratantes la obligación de determinar el precio y prohíben dejar esa determinación al arbitrio de una de ellas.

Por tanto, cuando una de ellas fija arbitrariamente el precio en el contrato de compraventa, se viola una prohibición legal y es sabido que al tenor del artículo 6o. del Código Civil los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley son nulos, si en ella no se dispone otra cosa.

Además de lo expresado se estaría frente a una típica condición potestativa, dependiente de la sola voluntad de los contratantes, lo cual no es de recibo en un contrato que, como la compraventa, es por naturaleza bilateral.

No se trata en el caso planteado, de aquél evento en que el precio lo fija una de las partes y esa fijación es aceptada por la otra, pues tal aceptación libre y espontánea implica la concurrencia o concurso real de las voluntades del oferente y el aceptante.

De otro lado y como bien lo expresa el doctor Jaime Rodríguez Fonnegra en su libro "Del Contrato de Compraventa y Materias Aledañas": "Puesto que la obligación de dar ha de tener algún objeto y nadie se obliga a lo incierto, la determinación del precio es obra de ambos contratantes; y así, otra de las condiciones que se exigen es la que sea el precio determinado por comprador y vendedor, ya porque ellos lo fijen precisamente o indicando los hechos de que la cantidad resulte, o ya porque lo hagan uno o más terceros por encargo de las partes".

Finalmente la readquisición de acciones implica la ejecución de una última operación: la cancelación de los títulos de las acciones, objeto de la readquisición.

Esa operación se cumple de manera similar a la de cesión de acciones. Bastará la orden escrita del accionista enajenante, que podrá darse en forma de endoso hecho sobre el título respectivo y se procederá a la cancelación de los títulos que se expidieron al cedente, previas las anotaciones pertinentes en el libro de registro de acciones.

(Oficio OA-02161, Enero 31 de 1984).

12. *READQUISICION. FORMAN PARTE DEL PATRIMONIO SOCIAL Y DEBEN PRESENTARSE EN LOS ESTADOS FINANCIEROS COMO PARTE DEL SUPERAVIT GANADO. UN SOLO ACCIONISTA PUEDE EJECUTAR LA OPERACION.*

De acuerdo con las palabras del tratadista José Ignacio Narváez el patrimonio social "...es la suma de valores del conjunto de relaciones jurídicas de propiedad o de usufructo de que es titular la sociedad, y cuyo volumen crece o se disminuye según las oscilaciones venturosas o desafortunadas de las operaciones sociales...". (1) José Ignacio Narváez García. Teoría General de las Sociedades, Tercera Edición, Ediciones Librería del Profesional. 1980. Pág. 190.

En general, dicho patrimonio social se ha pretendido dividir en dos grupos a saber: el conjunto de activos y pasivos sociales y el patrimonio neto o líquido, conformado éste a su vez por el capital social, el superávit obtenido y la ganancia del ejercicio respectivo.

De esta forma, de conformidad con lo expresado se puede concluir primeramente que el capital social entendiendo por él, la medida de valor de la totalidad de los aportes en dinero y de otros bienes apreciables en dinero de los socios que entran a integrar el ente societario, hace parte de esa universalidad denominada "patrimonio social".

Para el caso de una sociedad anónima, es necesario precisar como bien es sabido que su capital social se divide en capital autorizado, suscrito y pagado. El autorizado que constituye la cifra tope que los accionistas deciden establecer para ejercer el objeto social, el suscrito la parte del capital autorizado que los accionistas se obligan a cancelar por cuanto corresponde a los aportes que aquéllos entregan a la compañía y que pueden pagarse dentro de un plazo específico y, el pagado, la parte del suscrito que efectivamente ha sido cancelado a la sociedad.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Tomando como base el tema en estudio es pertinente hacer referencia al artículo 396 del Código de Comercio, el cual contempla los requisitos que se deben cumplir para la validez de la readquisición de acciones:

1. *Que obedezca a una determinación expresa de la asamblea.*

2. *Que la determinación se adopte con el voto favorable de no menos del setenta por ciento (70%) de las acciones suscritas.*

3. *Que la sociedad pague las acciones con fondos tomados de las utilidades líquidas.*

Según todo lo manifestado y siguiendo entonces los conceptos emitidos por esta Entidad, la adquisición de acciones propias por parte de una sociedad no modifica el capital, en razón de que los fondos destinados a esa operación no son tomados del capital social sino de las utilidades líquidas, como ya quedó señalado en el párrafo anterior.

Por consiguiente, el capital social permanece inalterable, ya que en lugar de los beneficios sociales que se destinan a la compra, ingresan las acciones, formando parte del capital suscrito y por ende, esas acciones sí hacen parte del patrimonio social.

Conforme a principios de contabilidad generalmente aceptados, debe aplicarse a las acciones propias readquiridas el "Principio del Costo". Esto quiere decir que dichas acciones deben contabilizarse con cargo a la cuenta "Acciones propias readquiridas", por el valor de pago efectivo para su adquisición, sin tener en cuenta su valor nominal.

Lo anterior, implica que sobre las mismas no se contabiliza el efecto de valorización o desvalorización que pudiera ocurrir, por cuanto que estas acciones tampoco deben considerarse como inversión. Solo representan el valor de acciones suscritas, retiradas de la circulación. Por lo mismo, no participan en la distribución de dividendos, ni hacen parte del quórum para deliberar y decidir.

En cuanto a la presentación de los Estados Financieros de la cuenta "acciones propias readquiridas" es de anotar que como dichas acciones deben estar totalmente liberadas y sólo pueden readquirirse con fondos tomados de las utilidades líquidas, su presentación debe hacerse en el Superávit Ganado, como

factor de resta de la reserva que previamente ha debido constituirse para tal fin. (Oficio AN-00846, Enero 29 de 1989).

II - ACTAS

1. APROBACION DE ACTAS - DELEGACION

En cuanto a la aprobación de las actas sea lo primero considerar la preceptiva del artículo 189 del Código de comercio, según el cual son dos los requisitos que deben cumplirse para que el acta como documento, sea idónea como prueba de los hechos y circunstancias que en ella consten, cuales son, la firma de quienes actúen en la reunión respectiva como presidente y secretario y la aprobación de la misma, requisitos que en ningún momento son excluyentes de forma tal que la ausencia de uno se pueda suplir con el cumplimiento de otro, sino que indefectiblemente los dos deben darse obligatoriamente, por manera que el hecho de que el acta hubiere sido suscrita por las aludidas personas, no subsana la falta de aprobación o la deficiencia de ella.

En lo atinente propiamente al requisito de la aprobación, consagra la disposición legal invocada que las actas deben ser aprobadas, por la misma asamblea "o por las personas que se designen en la reunión para tal efecto" no previéndose ninguna regla adicional bajo la cual puede surtirse tal aprobación, por lo cual se tiene que cuando es la asamblea la que cumple dicha función directamente, se aplican para el efecto las normas referentes a la adopción de las decisiones en general, salvo que en los estatutos expresamente se prevea una mayoría, especial para tal propósito, es decir que en tal caso tiene operancia el sistema de la mayoría como quiera que es este el parámetro que demarca cualquier actividad decisoria de la Asamblea General de Accionistas.

En cambio, cuando la aprobación se surte a través de la segunda alternativa que prescribe la disposición citada, es decir cuando la asamblea en lugar de aprobarla directamente, designa otras personas para ese fin, ya no tiene cabida el mencionado sistema, por las siguientes razones:

a) *La facultad aprobatoria en este caso y de acuerdo con el tenor literal transcrito, se cumple por personas y no por comisión o cuerpo deliberante.*

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

b) *Dichas personas obran, en consecuencia, en forma individual y no conjunta donde cada una de ellas tiene el encargo de la asamblea de cumplir una función que inicialmente le corresponde a ella, cual es la de atestar sobre la veracidad de lo narrado en el acta.*

c) *El sistema de las mayorías solo puede darse respecto de órganos, cuerpos o comisiones cuya instalación o funcionamiento se da formalmente en la medida en que se cumplan determinados requisitos o reglas previamente establecidas, como son los referentes a quórum, mayorías etc., los cuales no existen para el caso de la actuación de las personas señaladas.*

d) *Lo que en el caso de la aprobación está sujeto al sistema de las mayorías, es únicamente lo concerniente a la decisión del máximo órgano social de delegar dicho asunto en deteminadas personas y lo de la designación de quienes han de cumplir el encargo.*

Así las cosas se tiene que cuando se delega la aprobación en personas, esta solamente se entiende impartida cuando el consentimiento respecto a la veracidad del acta la dan todos y cada uno de los designados y por el contrario, no se tendrá como debidamente aprobada cuando falte tan siquiera uno de los nombrados, así haya sido elegido en representación de un sector minoritario de la asamblea.

(Resolución No. 221-05731, Diciembre 17 de 1992).

2. *EN RIGOR NO EXISTE PRECEPTO LEGAL QUE EXPRESAMENTE IMPONGA AL GERENTE Y AL SECRETARIO DE UNA SOCIEDAD EL DEBER DE EXPEDIR COPIA AUTORIZADA DE LAS ACTAS NI DE LOS DEMAS DOCUMENTOS QUE PERTENECEN A LA COMPAÑIA.*

En rigor, no existe propiamente precepto de ley alguno que expresamente imponga al gerente, secretario de una sociedad o de asambleas y juntas de socios, el deber de expedir copia autorizada de las actas correspondientes a las reuniones de los citados órganos sociales, ni, en general, copia de los demás documentos que pertenecen a la compañía, frente a toda solicitud que en tal sentido les presenten los socios.

No obstante, importa señalar que el asunto no presenta perfiles absolutos, pues hay situaciones en las cuales asiste a los asociados el derecho de solicitar a

las compañías copias de las actas de asambleas o juntas de socios, según el caso, por ejemplo en el evento previsto por el artículo 156 del Código de Comercio según el cual, el balance y la copia auténtica de las actas prestan mérito ejecutivo, para los fines de la exigencia por vía judicial de las sumas que les adeuda la sociedad por concepto de utilidades que, de acuerdo con dicha norma, forman parte del pasivo social externo.

Otras hipótesis son las que tienen que ver con la impugnación de decisiones adoptadas por asambleas y juntas de socios consagrada en el artículo 191 op -cit., para cuyo trámite también se requiere la copia auténtica de las actas respectivas y la establecida en el parágrafo del artículo 166 del Código nombrado sobre reformas estatutarias. En efecto allí se indica que entre los asociados podrán probarse esas reformas con la sola copia debidamente expedida del acuerdo o acta en que las mismas consten junto a su adopción. Por lo demás se agrega que de ese mismo modo podrá probarse la reforma para obligar a los administradores a cumplir las formalidades de la escritura y del registro.

Ahora bien, es evidente que las normas que aluden a los ejemplos anotados, no contienen orden alguna expresa que obligue a la compañía a expedir copia de los documentos en cuestión, pero es claro que de ellas emerge un derecho indiscutible situado por el legislador en cabeza de los socios, que les permite solicitar y obtener dichas copias para los fines comentados, derecho ése cuyo ejercicio no puede ser desconocido ni obstaculizado por la sociedad.

Considera este Despacho que el criterio expuesto consulta adecuadamente la orientación de las disposiciones invocadas y que es aplicable frente a cualesquiera otras que consagren derechos de los asociados, cuyo ejercicio implica la expedición de las copias de que trata el presente oficio, desde luego sin perjuicio del derecho que tiene la sociedad de proteger la reserva de sus libros y documentos, concretamente aquellos contentivos de cuestiones que en razón de su naturaleza pueden ser conocidos únicamente por los administradores.

Para evitar cualquier confusión sobre el aspecto objeto de comentario y habida cuenta de la indudable relación temática que el mismo tiene con el derecho de inspección (Arts. 314, 328, 369, 379 -órd. 4o. C. de Co.), es de advertir que no sería acertado confundirlos ni equiparlos, pues mientras uno se refiere a solicitud y expedición de copias de ciertos documentos, el otro consiste en el examen directo que los socios por sí o a través de sus representantes pueden practicar sobre los libros y papeles de la sociedad o parte pertinente de ellos en la oportunidad señalada por la ley. (Oficio DAL-07670, Abril 16 de 1986).

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

3. *LA LEY MERCANTIL SOLO EXIGE LA APROBACION DE LAS ACTAS DE JUNTA DIRECTIVA PARA LOS EVENTOS DE INSCRIPCION EN EL REGISTRO MERCANTIL DE LAS DESIGNACIONES DE REPRESENTANTES LEGALES.*

El mecanismo jurídico de aplicación analógica de los preceptos de la ley comercial que prevé el artículo 1o. del Código de Comercio, se circunscribe a las normas de carácter dispositivo o simplemente supletivo; vale decir que es excluyente de las imperativas y de las procedimentales. Con este entendimiento, debe quedar perfectamente claro que la hermenéutica del artículo referido, no permite darle perfiles de generalidad, atenidos a su tenor literal y a una exégesis cuyo empleo no es pertinente para el caso.

Tratándose de las actas de junta directiva, en cuanto alude a su elaboración y requisitos, la ley comercial guardó silencio. Pero es indiscutible que un documento de tal naturaleza, no debe ser cosa distinta al recuento fiel de lo acaecido en la reunión a la cual se refiere, si no se pierde de vista su finalidad y proyecciones prácticas.

Ahora bien, respecto al punto específico de la aprobación de dichas actas, debe anotarse que se trata de un requisito procedimental ordenado expresamente para las de asambleas y juntas de socios (artículo 189 del C. de Co.) mas no para las de junta directiva en todos los casos. En efecto, rigurosamente solo se encuentra consagrada esa exigencia para los eventos de inscripción en el registro mercantil de las designaciones de representantes legales en el artículo 441 del Código de Comercio en donde se lee: "En el Registro Mercantil se inscribirá la designación de representantes legales mediante copia de la parte pertinente del acta de la junta directiva o de la asamblea, en su caso, una vez aprobada y firmada por el presidente y el secretario, o en su defecto, por el revisor fiscal." (las subrayas son nuestras). La apreciación anterior permite afirmar que no es aplicable la analogía consagrada en el artículo 1 del Código de Comercio frente a la aprobación de las actas de junta directiva.

(Oficio DAL-12479, Mayo 25 1990).

4. *SI AL ELABORARSE PRESENTAN DEFICIENTEMENTE LO OCURRIDO, EL MAXIMO ORGANO SOCIAL O LAS PERSONAS DESIGNADAS PARA EL EFECTO PUEDEN ABSTENERSE DE APROBARLAS Y ORDENAR LAS CORRECCIONES PERTINENTES.*

El artículo 189 del Código de Comercio prescribe 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,..."

Por su parte, el artículo 195 ibidem establece la obligación para la sociedad de llevar un libro de actas, debidamente registrado "en el que se anotarán por orden cronológico las actas de las reuniones de la Asamblea o de la Junta de Socios" a su vez que el artículo 431 ídem, ordena que lo ocurrido en tales reuniones se hará constar en el libro mencionado.

De acuerdo con las normas legales invocadas, es claro entonces la obligación y necesidad de que de los hechos sucedidos en una reunión del órgano rector y por consiguiente de las decisiones allí adoptadas debe dejarse constancia en un acta, entendiendo por ésta al tenor del Diccionario de la Real Academia Española, como el documento que contiene la "relación escrita de lo sucedido, tratado o acordado en una junta".

El acta es entonces un medio a través del cual, en principio, puede probarse lo ocurrido en una reunión de la Asamblea o Junta de Socios y por lo tanto el documento mediante el cual puede exigirse el cumplimiento de obligaciones por parte de la sociedad, de los socios o de los administradores.

Siendo ello así, el legislador ha señalado ciertas formalidades para tales documentos con el fin de dotarlos de idoneidad para servir de medio probatorio suficiente, formalidades sin las cuales los mismos no alcanzan la plenitud de su valor y por lo tanto los hechos allí narrados no pueden entenderse suficientemente probados.

Respecto a la elaboración de los documentos referidos, sea de anotar que en la legislación mercantil y especialmente en lo aplicable al régimen de sociedades, no existe disposición alguna sobre dicho asunto. Por lo cual, corresponde a la libre decisión del Máximo Organo Social atribuir tal función a la persona o personas que ella determine, salvo que en los estatutos sociales exista

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

regulación al respecto y en la misma esté previamente establecido a quien corresponde el referido encargo, caso en el cual debe procederse de conformidad.

Si en los estatutos no existe previsión sobre ello, ni la asamblea o junta toma determinación alguna sobre el particular, tal asunto corresponderá a la persona que hubiere actuado como secretario en la reunión respectiva, pues es dicha función la que principalmente le está señalada al nombrado funcionario según la costumbre no solo mercantil sino general.

Ahora bien, si habiéndose designado por parte del Máximo Organo Social la persona que debe elaborar el acta, y ésta no cumple el encargo correspondiente o lo hace deficientemente, se puede ante tal circunstancia y dada la falta de regulación legal y seguramente estatutaria, acudir a la persona que hubiere actuado como secretario en la reunión pertinente para que ésta proceda a la elaboración del documento señalado y, en defecto de la misma, no existiría óbice legal alguno para que cualquiera de quienes hubiesen asistido a la reunión respectiva se haga cargo de dicha elaboración.

Es de resaltar que la elaboración del acta por sí misma no es un hecho transcendental para la eficacia probatoria de dicho documento pues ésta, como lo vimos, se logra una vez cumplidas las formalidades mencionadas, una de las cuales consiste en la aprobación del acta por parte del mismo Organo Rector o de las personas que él designe para tal efecto. y que precisamente implica el asentimiento acerca de la certeza del acta por parte del mismo Organo Rector o de las personas que él designe para tal efecto, de manera que si elaborado el documento éste presenta deficientemente lo ocurrido, la junta de socios o la asamblea o las personas designadas puedan abstenerse de aprobarlo y ordenar las correcciones pertinentes.

(Oficio SL-00114, Enero 5 de 1989).

III - ACTIVIDADES PERMANENTES

1. LA CIRCUNSTANCIA QUE UNA SOCIEDAD EXTRANJERA ADQUIERA CUOTAS O ACCIONES EN UNA SOCIEDAD COLOMBIANA POR SI SOLA NO CONSTITUYE ACTIVIDAD PERMANENTE QUE DETERMINE LA APERTURA DE UNA SUCURSAL EN COLOMBIA.

El artículo 48, inciso 2o., del Código de Procedimiento Civil, consagra que "Las personas jurídicas extranjeras que no tengan negocios permanentes en Colombia, estarán representadas en los procesos por el apoderado que constituyan con las formalidades prescritas en este Código".

La disposición transcrita confirma que existen actos jurídicos que pueden ser ejecutados por las sociedades extranjeras sin necesidad de que su personalidad sea previamente reconocida por ningún organismo gubernamental y sin que deban para tales efectos establecer sucursal en el país. Por ejemplo, para intervenir en un proceso judicial les basta cumplir las formalidades de rigor en cuanto a la constitución del apoderado.

El artículo 471 del Código de Comercio, dispone que la sociedad extranjera puede emprender negocios PERMANENTES en Colombia a través de una sucursal en el territorio nacional. A contrario sensu, cuando se trate de ejecutar actos aislados no está obligada a proceder en la forma que indica el precepto citado.

En los casos de sociedades extranjeras que van a emprender en Colombia negocios "permanentes" , la Superintendencia (ni ningún otro organismo gubernamental) les "reconoce" personalidad con el fin de dotarlas de capacidad para que puedan ejecutar actos jurídicos, sino que el pronunciamiento de la Superintendencia se concreta a emitir un concepto de todos los documentos que exigen las leyes colombianas con el propósito que una vez todos en regla puedan funcionar en el país, que es cosa distinta. Al efecto es necesario que a la Superintendencia se le demuestre la existencia de la sociedad. Pero una cosa es que la sociedad extranjera , para poder ejecutar o celebrar en Colombia actos o contratos, deba acreditar que existe, y otra diferente, que la sociedad esté obligada a obtener previamente el reconocimiento de su personalidad o de su existencia.

Para que una compañía extranjera pueda intervenir en la constitución de una sociedad colombiana, le basta "acreditar" ante el Notario su existencia y

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

representación, ciñendose a las formalidades legales. Pero ni ese acto, ni los que se siguen de su condición de asociado, reclaman al establecimiento de una sucursal, con la idea de que la intervención de la superintendencia venga a dotarla de una capacidad de que carece.

Procede ahora examinar si por el solo hecho de que una sociedad extranjera haya adquirido cuotas en una sociedad colombiana de responsabilidad limitada, tal circunstancia implica "actividad permanente" en el país, que la coloque en situación de tener que establecer en Colombia una sucursal, particularmente si su inversión se realiza en una sociedad que explote concesiones otorgadas por Colombia.

De acuerdo al diccionario de la lengua española el concepto de "actividad" supone un conjunto de operaciones, y la "permanencia" implica perseverancia o estabilidad. La simple inversión que se haga en una compañía es, por sí sola contraria a la idea de actividad permanente", solo en virtud de disposición legal expresa (como lo hizo con vigencia efímera el Decreto 1381 de 1957) podría atribuírsele a esta circunstancia el carácter de "actividad permanente", para los efectos del artículo 471 del Código de Comercio.

La circunstancia de que la inversión se haya hecho en una sociedad colombiana que se dedica a la explotación de recursos naturales, por "concesión" del Estado Colombiano (actividad que la regla 5a. del artículo 474 del Código de Comercio menciona como permanente), no mejora en forma alguna la posibilidad de sostener la tesis enunciada, así la participación de la sociedad extranjera sea mayoritaria o esencial.

Además, la sociedad es una persona autónoma e independiente de sus socios individualmente considerados. El artículo 474, regla 5a., del Código de Comercio, ha previsto que el hecho de explorar o participar en la explotación de una concesión otorgada por el Estado Colombiano, genera la obligación de establecer en Colombia una sucursal, lo cual implica que el sujeto pasivo de la obligación es la sociedad que realiza o participa en la explotación, y no sus asociados.

Para que la sociedad extranjera esté obligada a establecer sucursal en el país, en aplicación de la norma legal citada, se requiere de su parte la realización de actos materiales concretos dentro del proceso de explotación, que es a lo que el legislador se refiere cuando habla de que "en alguna forma participe en la explotación", de manera que pueda afirmarse sin impropiedad que la firma

extranjera está desarrollando en el territorio colombiano la totalidad o parte de su objeto social.

Obviamente el legislador no se refiere a la "participación que todo asociado tiene en las utilidades que resulten de la referida explotación, pues tal participación, ni siquiera cabe designar como participación "indirecta" en la explotación de la concesión, ni implica ejecución de "actividad" alguna, que dé base suficiente para encajar el hecho en las previsiones de la norma, generadora de la obligación de "incorporarse" al país.

(Resolución No. 05354, Julio 15 de 1977).

2. *LA PARTICIPACION EN LICITACIONES PUBLICAS POR SER PREVIA AL CONTRATO NO SIGNIFICA UNA ACTIVIDAD PERMANENTE.*

Como el artículo 470 del Código de Comercio dispone que "...las sucursales de sociedades extranjeras que desarrollen actividades permanentes en Colombia, estarán sometidas a la vigilancia del Estado...", se hace necesario determinar si el acto de licitar constituye una actividad permanente u ocasional, pues de ello dependerá el que esta Superintendencia tenga o no competencia para ejercer la vigilancia en este caso. (Decreto 1258 del 30 de junio de 1993). Al respecto se observa que dicha actividad no se encuentra calificada de permanente por el artículo 474 ibídem, toda vez que sólo 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. Además, el Consejo de Estado mediante providencia emitida por la Sala de Consulta y Servicio Civil el 26 de enero de 1979, manifestó "El primer negocio permanente es el contrato, en virtud el cual el contratista se obliga a realizar determinada obra en determinado sitio, por un determinado precio, en un plazo acordado entre las partes y en las demás condiciones convenidas, de todo lo cual es prueba el documento o contrato. Con éste se 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".

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

A contrario sensu, la licitación por ser previa al contrato no significa una actividad permanente sino ocasional.

De otra parte, el artículo 471 del citado código advierte que "Para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia, establecerá una sucursal con domicilio en el territorio nacional", lo cual armoniza con el inciso segundo del artículo 6o. de la Ley 80 de 1993 que trata de la capacidad para contratar con las entidades estatales, exigiendo a las personas jurídicas extranjeras que para poder celebrar un contrato con dichas entidades deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más.

Ambas normas transcritas coinciden en descartar la obligación de establecer una sucursal cuando la actividad a desarrollar en el país no sea permanente, y así fué entendido y recogido por este Despacho mediante el oficio No. 04409 del 28 de marzo de 1978, en el cual, circunscrito al procedimiento que constituye la licitación se expresó: "Cuando una sociedad domiciliada en el exterior se propone participar en una licitación abierta en territorio colombiano, de ninguna manera puede exigirsele que, como condición previa a la presentación de la oferta, haya cumplido los trámites correspondientes a la apertura de una sucursal...", siendo asi, porque como lo vimos anteriormente, en esa etapa no hay seguridad de que las gestiones tendientes a obtener la licitación tengan resultados positivos, estando ella sujeta sólo a que se acredite su representante o apoderado, tal como lo indica el artículo 6o. del mencionado Decreto.
(Oficio TR-15926, Agosto 19 de 1981).

3. *LA PRESTACION DE SERVICIOS DE TRANSPORTE INTERNACIONAL DE SUMINISTROS, EN AGUAS MARITIMAS COLOMBIANAS, A UNA PERSONA JURIDICA EXTRANJERA VINCULADA AL PAIS, CONSTITUYE UNA ACTIVIDAD PERMANENTE.*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 474 numeral 2o. del Código de Comercio, se tiene como actividad permanente, intervenir como contratista en la prestación de servicios.

La prestación de servicios a que hace relación el numeral citado supone:

a) *Que la empresa extranjera que va a prestarlo, disponga de un servicio de transporte debidamente organizado y con personal suficiente para satisfacer las necesidades que el mismo requiere.*

b) *Que los servicios se presten en forma periódica o continuada.*

c) *Que exista una contraprestación por los servicios prestados.*

Al respecto cabe aclarar que las actividades permanentes previstas en el numeral 2o. del artículo 474 del Código de Comercio relativas a la prestación de servicios, se refieren a las que han sido reguladas de conformidad con las disposiciones legales que rigen el contrato de suministro de servicios (artículo 968 y siguientes del Código de Comercio).

En cuanto a que el transporte no será local, conviene indicar que el lugar donde se preste el servicio no incide en forma alguna para determinar si la actividad es o no permanente, pues conforme a la ley es suficiente la vinculación contractual para tenerla como permanente.

En consideración a lo expuesto la Superintendencia conceptúa que la empresa extranjera que vaya a desarrollar dicha actividad debe incorporarse al país, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 471 a 477, del Código de Comercio, según se trate de una sociedad o de una persona natural foránea".

(Oficio OA-14642, Septiembre 11 de 1979).

IV - ADMINISTRADORES

1. *FACULTADES DE LOS ADMINISTRADORES*

El gerente de una sociedad se entiende facultado para ejecutar o celebrar todo acto o contrato comprendido en el objeto social y cualquier limitación debe estar consagrada en los estatutos de la compañía. Así mismo la modificación de sus atribuciones es una reforma estatutaria.

El contrato de sociedad contiene estipulaciones de muy diversa índole.

Así, mientras muchas de sus cláusulas son del interés exclusivo de los asociados, como ocurre con las que reglamentan la forma de repartir las utilidades

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

sociales o el ejercicio de los derechos de preferencia, de voto y de inspección, otras transcienden al orden externo y afectan en mayor o menor grado los intereses de terceros, por cuya razón merecen, con mayor justificación que las primeras, una adecuada publicidad.

Tal ocurre con la cláusula del objeto social, que fija los límites de la capacidad legal de la persona jurídica, y con las que regulan lo relacionado con la representación legal de la compañía. Dentro de estas últimas, revisten particular importancia para los terceros aquellas estipulaciones que establecen limitaciones a las facultades de los representantes legales.

En materia de atribuciones, el principio rector es que el gerente se entiende facultado para ejecutar o celebrar todo acto o contrato comprendido en el objeto social, la excepción es que su capacidad normal de contratación se encuentre restringida y por lo mismo, es obvio que cualquier limitación de tal naturaleza no solo debe encontrarse consignada en los estatutos sociales y estar concebidos sus alcances en términos claros y precisos, sino que la estipulación no puede estar afectada de una inestabilidad que pueda desvirtuar la seguridad y certeza que reclaman los intereses de terceros.

Es por eso que el artículo 196 del Código de Comercio establece: "La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad.

"A falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad.

"Las limitaciones o restricciones de las facultades anteriores que no consten expresamente en el contrato social inscrito en el registro mercantil no serán oponibles a terceros" (se subraya).

Otras disposiciones del estatuto mercantil reiteran esa misma exigencia. Así, el artículo 110, ordinal 6o. del Código de Comercio, prescribe que los estatutos sociales deben contener "la forma de administrar los negocios sociales, con indicación de las atribuciones y facultades de los administradores..."

Por su parte, el artículo 117, inciso segundo, del mismo Código, expresa que "para probar la representación de la sociedad bastará la certificación de la Cámara de Comercio respectiva, con indicación del nombre de los representantes, de las facultades conferidas a cada uno de ellos ***En el contrato y de las limitaciones acordadas*** *a dichas facultades, en su caso" (Destaca y subraya el despacho).*

Por consiguiente, cualquier limitación a las facultades del representante legal debe estar consagrada expresamente en los estatutos de la compañía, de tal suerte que "haga parte" del contrato bajo la categoría de "estipulación contractual". La modificación es reforma estatutaria, que requiere la aprobación de la asamblea general de accionistas, de donde resulta que asignarle a la junta directiva la atribución de modificar los límites originalmente estipulados es tanto como facultarla para reformar los estatutos sociales.

Por lo demás se logra en esa forma que tales modificaciones sean dotadas de la publicidad que es propia de toda reforma estatutaria y se garantiza a los terceros la posibilidad de lograr una información adecuada y oportuna sobre la introducción de dichos cambios.

(Oficio 06052, Abril 25 de 1978).

2. *LAS OBLIGACIONES DE LOS MIEMBROS DE LA JUNTA DIRECTIVA Y REPRESENTANTES LEGALES DEBEN SER CUMPLIDAS A CABALIDAD, SO PENA DE RESPONDER UNOS Y OTROS DE MANERA INDIVIDUAL.*

La Junta Directiva es una institución, que representa una garantía para los accionistas y para los gerentes mismos, puesto que constituye un cuerpo deliberativo y de carácter administrativo, ubicado entre los gerentes y la asamblea general de accionistas; tiene como utilidad práctica el contar con la colaboración de varias personas que se suponen elegidas por su idoneidad en el manejo de los negocios comerciales, con los cuales comparten los gerentes el éxito de la actividad social, la responsabilidad que les corresponde dentro de su categoría común de administradores.

Los asociados son quienes en los estatutos regulan la integración y el funcionamiento de las Juntas Directivas, dentro de los parámetros legales relativos a la administración de los negocios sociales y paralelamente al sistema de dirección de la actividad social que corresponde a la asamblea general.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

En materia de funciones de las Juntas Directivas, cabe señalar que le corresponde además de las estatutarias las de origen legal, así en la anónima tienen las que son propias de este tipo de sociedad, como es la de presentar a la asamblea general, conjuntamente con los representantes legales, al final de cada ejercicio social, un informe razonado sobre la situación económica y financiera de la compañía y el respectivo proyecto de distribución de utilidades.

En vista de lo anterior, es del caso afirmar que la Junta Directiva debe designar a la persona que como presidente le compete dirigir las reuniones durante su respectivo período y un vicepresidente para el caso de ausencia de aquél; ahora bien, si esto es imposible de realizar, es preciso que en cada sesión se nombre del seno de la Junta, una persona que en calidad de presidente ad-hoc conduzca dicha reunión.

Los miembros de la Junta Directiva son esos gestores temporales y revocables de que habla el artículo 373 del Código de Comercio, verdaderos mandatarios que como tales han de ser tratados con los derechos y obligaciones que legalmente les corresponden. Así las cosas deben reunirse, deliberar y decidir según las reglas previstas en los estatutos; por lo cual sus decisiones son colectivas, como emanadas de un verdadero cuerpo colegiado, sin que sea posible hablar de desintegración en atención a los distintos miembros o grupos de los mismos que se formen con ocasión de las deliberaciones. Sin perjuicio de la responsabilidad que les incumbe al tenor del artículo 200 del Código de Comercio, individual y no colectiva, es decir que queda a salvo la posición de quienes no intervienen en las decisiones o actos que puedan perjudicar a la sociedad, a los socios o a terceros.

El encargo hecho a la Junta Directiva de administrar los negocios sociales, conlleva necesariamente la obligación de rendir cuentas por parte de quienes la integran, se trata de una obligación correlativa al derecho de los socios a estar informados del curso de los negocios sociales, para cerciorarse de la manera como se invierten sus aportes y como se desarrollan los negocios de los cuales esperan obtener la utilidad que los induce a asociarse. Por lo cual es indispensable que esa información la tengan los accionistas en forma periódica con el fin de que conozcan oportunamente el estado de la empresa social y la conducta de los administradores, para poder tomar también las medidas que sean del caso, lo anterior en la razón justificada de la exigencia legal de que al final de cada año, por lo menos, se haga un balance general que ha de ser presentado a la asamblea general con los anexos de uso comercial y especialmente un detalle completo de la cuenta de pérdidas y ganancias.

Dentro de las obligaciones del comerciante y la sociedad mercantil como tal, encontramos la contenida en el articulo 52 del Código de Comercio, que exige al iniciar sus actividades comerciales y, por lo menos una vez al año elaborar un inventario y un balance general que permitan conocer de manera clara y completa la situación de su patrimonio, obligación ésta que recae en el caso del empresario colectivo en quien ostenta la representación legal de la compañía, toda vez que la actividad de la sociedad se desarrolla a través del representante legal que la proyecta del campo formal del derecho escrito al campo real de la vida de los negocios para que ejerza su capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones conforme a su objeto social.

Además, el artículo 445 del Estatuto Mercantil impone a las sociedades anónimas la obligación de cortar las cuentas y producir el inventario y el balance general de sus negocios, el cual de acuerdo con el artículo 290 del Código citado, deberá ser suscrito con las firmas autógrafas del representante legal, del contralor de la sociedad y del revisor fiscal.

Por lo tanto, se concluye que las obligaciones de los administradores, esto es, miembros de la Junta Directiva y representantes legales, deben ser cumplidas a cabalidad, so pena de responder unos y otros de manera individual, por lo tanto si la Junta Directiva no cumple con las obligaciones relativas a la presentación de las cuentas de su gestión, esto no es obstáculo para que el representante legal no pueda cumplir con la elaboración del balance general, con sus correspondientes anexos y el proyecto de distribución de utilidades a fin de que sean sometidos a consideración del Máximo órgano Social con la salvedad anotada.

(Oficio AN-12922, Julio 1 de 1987).

3. *LA LEY PRETENDE QUE NO SE PERPETUEN EN LOS CARGOS CON EL FIN DE NO CAUSAR PERJUICIOS A LA SOCIEDAD Y A LOS SOCIOS PERO RESPETANDO SIEMPRE LOS DERECHOS DE LAS MAYORIAS SEGUN EL TIPO SOCIETARIO.*

A. *PRESUPUESTOS GENERALES*

a) El artículo 186 del Código de Comercio establece: "Las reuniones se realizarán en el lugar del domicilio social, con sujeción a lo prescrito en las leyes y los estatutos en cuanto a convocación y quórum. Con excepción de los casos en

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

que la ley y los estatutos exijan una mayoría especial, las reuniones de socios se celebrarán de conformidad con las reglas dadas en los artículos 427 y 429".

Aunque lo consagrado en el artículo 427 mencionado se emplea de manera especial en las sociedades anónimas, por virtud de la norma transcrita sería aplicable a todos los tipos societarios, si no existieran normas especiales que más adelante se transcriben.

b) En el artículo 427 del Código de Comercio dispone "La asamblea deliberará con un número plural de personas que represente, por lo menos, la mayoría absoluta de las acciones suscritas, salvo que en los estatutos se exija un quórum diferente. Las decisiones se tomaran por mayoría de los votos presentes, a menos que la ley o los estatutos requieran para determinados actos una mayoría especial".

c) El artículo 429 ibídem expresa "Si se convoca la asamblea y ésta no se lleva a cabo por falta de quórum, se citará a una nueva reunión que sesionará y decidirá válidamente con un número plural de personas cualquiera que sea la cantidad de acciones que esté representada. la nueva reunión deberá efectuarse no antes de los 10 días ni después de los treinta, contados desde la fecha fijada para la primera reunión".

d) Cuando se trata de sociedades de responsabilidad limitada el artículo 359 ibídem, se aparta de lo normado por los artículos 186 y 427 así: "En la junta de socios cada uno tendrá tantos votos cuantas cuotas posea en la compañía. Las decisiones de la junta de socios se tomarán por un número plural de socios que represente la mayoría absoluta de las cuotas en que se halle dividido el capital de la compañía".

e) En el caso de las sociedades colectivas el artículo 316 prevé: "La transferencia de partes de interés, el ingreso de nuevos socios, así como cualquier otra reforma estatutaria y la enajenación de la totalidad o de la mayor parte de los activos sociales, requerirán el voto unánime de los socios, o de sus delegados, si otra cosa no se dispone en los estatutos. Las demás decisiones se aprobarán por mayoría absoluta de votos, salvo estipulación en contrario. Cada socio tendrá derecho a un voto".

f) El artículo 336 se refiere a las sociedades en comandita y expresa: "En las decisiones de la junta de socios cada gestor tendrá un voto. Los votos de los

comanditarios se computarán conforme al número de cuotas o acciones de cada uno.

Las decisiones relativas a la administración solamente podrán tomarlas los gestores, en la forma prevista en los estatutos".

g) Si se trata de una sociedad en comandita simple el artículo 340 consagra: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 338 y salvo estipulación expresa en contrario, las reformas estatutarias se aprobarán por la unanimidad de los socios colectivos y por la mayoría absoluta de votos de los comanditarios, y deberán reducirse a escritura pública".

h) Para la sociedad en comandita por acciones el artículo 349 considera que: "En las asambleas se seguirán las reglas establecidas para las sociedades anónimas. Las reformas estatutarias deberán aprobarse, salvo estipulación en contrario, por unanimidad de los socios colectivos, y por mayoría de votos de las acciones de los comanditarios".

Del análisis de las varias normas transcritas se desprende que la remisión hecha por el artículo 186 para que se aplique a todos los tipos societarios lo previsto en el 427, no es tan exacta porque para cada uno de dichos tipos se tienen normas específicas.

B. EL SENTIDO DE LO COMUN Y DE LO ESPECIAL

Es importante clarificar en que se basa la especialidad y lo común de unas mayorías previstas para tomar una decisión.

Entiende el Despacho que una y otra figura pueden recibir tales calificativos por originarse en la ley lo especial y en el contrato social lo común, o a contrario sensu; o que lo especial sea lo referido a materias de determinada significación e importancia y lo común lo atinente a asuntos de vida ordinaria o cotidiana. Sin embargo, aunque la especialidad en principio la indica la ley, nada obsta para que en el contrato social también se pueda calificar tal circunstancia.

Ahora bien, si se piensa en la materia por tratar, se tiene que concluir que el origen estatutario o legal de la especialidad o de lo común no es caprichoso, sino que la ley o el pacto social se encargan de establecer mayorías decisorias especiales o comunes en consideración a la materia por tratar.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

C. LA DESIGNACION DE ADMINISTRADORES

Como primer presupuesto, para la designación de administradores se aplican los principios generales ya enunciados con las siguientes precisiones:

a) Sociedades colectivas.- En los términos del artículo 310 del Código de Comercio, la administración de la sociedad colectiva corresponderá a todos y a cada uno de los asociados, quienes podrán delegarla en sus consocios o extraños. En esta compañía no se presenta el caso del nombramiento de administradores, sino de la delegación de la administración, la cual cuando se hace a un extraño debe ser autorizada por la totalidad de los consocios so pena de ineficacia (arts. 296, 297 y 897 del Código de Comercio). Se trata de un acto de delegación individual con la anuencia de los demás socios.

b) Sociedades en comanditas.-Para el caso de este tipo societario por tratarse de una sociedad en donde la ley la equipara parcialmente al sistema de las sociedades colectiva, el artículo 326 del Código de Comercio, asigna en forma exclusiva a los socios gestores o colectivos la administración de la compañía, quienes la ejercerán directamente o por sus delegados en los términos previstos para la sociedad colectiva (artículo 326 del C. de Co.).

c) Sociedades de responsabilidad limitada.- De conformidad con el artículo 358 del Código de Comercio, la representación de la sociedad y la administración de los negocios sociales corresponde a todos y a cada uno de los socios, pero la junta de socios podrá delegarlas en un gerente estableciendo de manera clara y precisa sus atribuciones. Configura un acto de delegación colectiva adoptado con las mayorías legales o estatutarias.

d) Sociedades anónimas.- Para esta modalidad societaria, por tratarse del prototipo de las compañías de capital la ley tiene reglamentada de manera concreta lo relativo a la administración y representación legal de la sociedad.

El artículo 373 ejúsdem dispone la administración por mandatarios temporales y revocables, a partir del artículo 434 se ocupa del régimen de la junta directiva, y del artículo 440 en adelante, del representante legal.

De esta síntesis se puede concluir claramente que en las sociedades de personas la administración y representación legal de la sociedad es inherente a la condición del asociado y que en cambio en las sociedades de capital responde al esquema de la gestión de negocios por otro. En las primeras se ejercita un

derecho, y en las segundas se confiere un encargo con las mayorías legales o estatutarias pertinentes.

D) LA INAMOVILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

La ley pretende que los administradores no se perpetúen en los cargos para no causar perjuicios a la sociedad y a los socios, pero respetando siempre los derechos de las mayorías según el tipo societario.

En efecto, el artículo 198 del estatuto mercantil dispone:

"Cuando las funciones indicadas en el artículo 196 no correspondan por 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 juntas directivas, o que exijan para la remoción mayorías especiales distintas de las comunes".

En su análisis a la norma transcrita se le encuentran las siguientes connotaciones:

a) No está dirigida a las sociedades colectivas por cuanto lo que aquí se plantea es un esquema de delegación individual del derecho a administrar que tiene cada socio, con la debida autorización de los demás asociados (arts. 296 y 310 ejúsdem).

b) Tampoco se aplica para el caso de las sociedades en comanditas por que éstas se asimilan a las colectivas en cuanto tienen que ver con los socios gestores. (Artículo 326 ídem).

c) Cuando se habla de sociedades de responsabilidad limitada la escogencia de los administradores no corresponde en estricto sentido al nombramiento de los mismos, sino a un acto de delegación conjunta, ya

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

que el artículo 358, como antes se dijo, otorga al socio la representación y administración de los negocios sociales y a su vez reglamenta la delegación por la junta de socios. Pronto a este tipo de sociedad se puede afirmar que lo prescrito por el 198 transcrito tiene vigencia en lo relacionado con posibles pactos expresos que dispongan la perpetuidad o inamovilidad de los administradores, o que dificulte su remoción; mas no en lo relacionado con las mayorías previstas para delegar la administración porque este es un acto privativo, sujeto en alguna medida al poder que el capital otorga.

d) En lo que hace a la sociedad anónima lo expresado en el artículo 198 citado tiene vigencia tan solo en lo relativo a las cláusulas que expresamente consagran la inamovilidad o perpetuidad de los administradores, o que dificulten su remoción, pero no en cuanto a las mayorías para designarlos, las cuales dependen de la ley o del contrato.

De acuerdo con el artículo 197 del Código de Comercio, para designar la junta directiva se debe aplicar el sistema el cuociente electoral evento en el cual se impone la voluntad social mayoritaria originada en la fuerza del capital; para designar al representante legal lo habitual es que lo haga la junta directiva, reflejando así el poder que dentro de la misma tengan las mayorías en el capital. Por consiguiente, no es frecuente encontrar en una sociedad anónima cláusulas que tiendan a la inamovilidad de los administradores, a no ser que se estipulen expresamente o que se convengan mayorías especiales para removerlos.

De su conducta y de la atenta lectura del artículo 198 se pueden deducir tres hipótesis:

a) Cláusulas que establezcan de manera expresa la perpetuidad o inamovilidad de los administradores.

b) Cláusulas que contengan mayorías especiales para designar a los administradores.

c) Cláusulas que imponen mayorías especiales para remover a los administradores, superiores a las consagradas para designarlos o para otras decisiones comunes.

La primera hipótesis en cualquier tipo de sociedad que se presente iría contra la prohibición consagrada en la mencionada norma legal y en caso de pactarse tal estipulación se tendría por no escrita.

Sobre el segundo evento cabe anotar que de las mayorías establecidas para nombrar a los administradores no se puede deducir como presupuesto de orden general el concepto de lo no escrito, ya que en la práctica cualquier mayoría prevista por baja que sea, puede dificultar el nombramiento de nuevos administradores y por lo tanto la remoción de los anteriores.

Se puede presentar una tercera hipótesis que es cuando en los estatutos se pacta una mayoría especial para la remoción de los administradores, no obstante tener prevista una mayoría distinta para el nombramiento. En este caso se ha de entender que con la misma mayoría que se nombran los administradores se remueven y la especial para removerlos se tendrá por no escrita.

(Oficio EX-15493, Julio 12 de 1991).

V - APORTES

1. APORTE DEL SOCIO INDUSTRIAL

CUANDO EL TRABAJO SE PRESTA POR EL SOCIO INDUSTRIAL EN RAZON DEL CONTRATO DE SOCIEDAD, NO HAY LUGAR AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES QUE SE DESPRENDEN DEL CONTRATO DE TRABAJO.

Conforme a los artículos 137 y siguientes del Código de Comercio, la industria o trabajo personal puede ser objeto de aporte a una sociedad, lo que origina una relación jurídica entre ésta y quien efectúa tal aporte, llamado socio industrial, en virtud de la cual surge para éste la obligación de realizar el trabajo o industria aportado y correlativamente los derechos señalados en la ley.

Uno de tales derechos, y como contraprestación de carácter económico, es el de participar en las utilidades sociales en la proporción que se haya estipulado en el contrato social, y a falta de estipulación, con una "participación" equivalente a la del mayor aporte de capital, conforme al parágrafo del artículo 150 del Código de Comercio, participaciones éstas que deben ser objeto de apropiación forzosa, entre otras razones porque las mismas no pueden quedar

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

sujetas a las determinaciones que la junta de socios decida adoptar en materia de reparto de utilidades, en razón a que precisamente el artículo 137 nombrado es claro al consagrar que los derechos estipulados en favor del socio industrial no pueden modificarse, desconocerse, ni mucho menos abolirse, sin su consentimiento expreso.

Por otra parte, de acuerdo al artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, "Contrato de trabajo es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración", donde la persona que presta el servicio se denomina trabajador, mientras que quien lo recibe y remunera, patrono, y la remuneración, cualquiera sea su forma, salario".

Ahora bien, las prestaciones sociales constituyen el conjunto de derechos beneficios o garantías consagrados en favor de los trabajadores, o de sus beneficiarios" por el hecho de prestar a alguien un servicio personal subordinado, que está a cargo de los patrones respectivos y que por lo mismo tiene su base en el contrato de trabajo."

Una de tales prestaciones es el auxilio de cesantía, que está consagrado en nuestro Código Sustantivo del Trabajo en el artículo 249, según el cual. "Todo patrono está obligado a pagar a sus trabajadores, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantías, un mes de salario por cada año de servicio, y proporcionalmente por fracciones de año", concepto éste del que se infiere que dicho auxilio se causa principalmente al terminar el contrato de trabajo, siendo claro entonces que es dicho contrato la causa del auxilio referido.

Formulados estos breves comentarios, se puede entender que un socio de una compañía mercantil puede indudablemente prestar sus servicios personales a la sociedad, pero tal circunstancia puede suceder en virtud de relaciones jurídicas distintas, y según sea ella, se derivan o no determinados derechos.

Es así como dichos servicios pueden originarse en la relación sociedad socio industrial, caso en el cual dicha relación se sustenta en el contrato de sociedad que es el que genera las obligaciones y los derechos previstos en la ley para el socio industrial, o también puede generarse en la relación sociedad trabajador, la cual tiene su origen en el contrato de trabajo que da lugar para el socio al ejercicio de los derechos propios de esta relación contractual.

Así las cosas, cuando el trabajo prestado por el socio industrial a la sociedad, lo es en razón del contrato de sociedad por constituir aquél, precisamente su aporte, no hay lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que se desprenden del contrato de trabajo, entre ellas, las cesantías, por no ser éste el que dió origen a la obligación de prestar el trabajo referido.

No obstante, puede darse el caso de que un socio esté obligado a prestar diferentes servicios a la compañía, sustentando ello en las dos relaciones comentadas como cuando, por ejemplo, se compromete como aporte de industria a prestar determinados servicios técnicos o científicos y posteriormente se le encarga el cumplimiento de otras funciones no comprendidas en aquéllos, configurándose respecto de esta última los elementos propios del contrato de trabajo y en virtud de ello, los derechos a que éste da lugar, mientras que en relación con los servicios atinentes a su aporte, se originarían solamente los derechos propios de un socio industrial.

(Oficio SL-10914, Junio 2 de 1989).

2. *EN ATENCION A QUE SU APORTE NO PUEDE FORMAR PARTE DEL CAPITAL DE LA COMPAÑIA, TIENE DERECHO A VOZ EN LAS REUNIONES QUE CELEBRE EL ORGANO SOCIAL, PERO NUNCA EL DERECHO AL VOTO.*

Con arreglo a las normas generales del Código de Comercio aplicables a todas las sociedades mercantiles y de conformidad con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 137 de la misma obra, los derechos del socio industrial son los siguientes:

1. *Asistir a las reuniones de la junta de socios con voz pero sin voto.*

2. *Participar en las utilidades sociales en la proporción que se haya estipulado en el contrato social y a falta de estipulación, una participación equivalente a la del mayor aporte de capital, conforme al parágrafo del artículo 150 del Estatuto Mercantil.*

3. *Podrá administrar la sociedad y en caso de retiro o de liquidación de la misma, participará en la distribución de las utilidades, reservas y valorizaciones patrimoniales, producidas durante el tiempo en que estuvo*

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

asociado. Habiéndose producido pérdidas, el socio industrial no recibirá retribución en el respectivo ejercicio.

Ahora bien, en las sociedades de responsabilidad limitada el aporte del socio industrial no puede formar parte del capital social, toda vez que en este tipo de compañías el capital deberá pagarse íntegramente al momento de su constitución como al solemnizarse cualquier aumento del mismo (artículo 354 del Código de Comercio), y el artículo 138 de la reglamentación citada dispone que cuando el aporte de industria sea estimado en un valor determinado, la obligación del aportante se considerará cumplida sucesivamente por la suma periódica que representa para la sociedad el servicio que constituya el objeto de aporte.

En atención a que su aporte no forma ni puede llegar a formar parte del capital de la compañía, entre las prerrogativas de que goza en su calidad de socio industrial está el derecho a tener voz en las reuniones que celebre el máximo órgano social, pero nunca el derecho al voto, pues dicho socio ha sido colocado por el Código en un plano de inferioridad respecto de los capitalistas; puede deliberar, tiene voz en las reuniones de la junta, pero carece de voto.

(Oficio SL-25051, Diciembre 5 de 1989)

3. *DE TITULOS VALORES*

Reglas para la aportación de títulos valores en las diferentes clases de sociedades.

De acuerdo con el artículo 619, parte final, del Código de Comercio, los títulos valores pueden ser de contenido crediticio, corporativos o de participación, y de tradición o representativos de mercancías.

Son títulos valores de contenido crediticio la letra de cambio, el pagaré, el cheque, los bonos de prenda, las facturas cambiarias y los bonos; de la especie de los corporativos o de participación son las acciones de las sociedades por acciones, y pertenecen a la clase de los títulos valores de tradición o representativos de mercancías el certificado de depósito y la carta de porte y el conocimiento de embarque.

Como regla general, todos los títulos valores son susceptibles de aportación al capital de una sociedad, pero la forma de hacer el aporte no es igual

para todos, lo que se explica porque si bien ellos tienen características que le son comunes, también acusan entre sí notorias diferencias.

Los títulos valores de contenido crediticio, por ejemplo, pueden aportarse a toda clase de sociedad, salvo a las de responsabilidad limitada, por las razones obvias que se desprenden del artículo 129 del Código de Comercio. El aporte de estos títulos no requieren más formalidades que las exigidas por la ley de su circulación, de tal manera que si son nominativos necesitan de la inscripción del tenedor en los registros del deudor, conforme al artículo 648 de dicho Código; si a la orden, del endoso seguido de su entrega, según el artículo 651 de la misma obra, y si al portador, de la sola entrega, de acuerdo con el artículo 668, ibídem.

Con respecto a estos títulos deben, sin embargo, hacerse tres salvedades, en primer lugar, que el cheque, por estar considerado como un medio de pago, puede aportarse a toda clase de sociedades; en segundo término, que los bonos, que pertenecen también a los denominados títulos de inversión, requieren de avalúo previo, conforme a las normas pertinentes del Código de Comercio, precisamente por ser la 'mercabilidad' su característica, y finalmente, que el aporte de títulos valores de contenido crediticio, distintos del cheque, debe hacerse con respecto a las normas legales mercantiles que exigen el pago de determinada suma o cuenta del capital que se suscriba, como en las sociedades por acciones, según lo preceptuado en los artículos 345 y 376 del Código de Comercio. La razón estriba en que, como lo tiene previsto el citado artículo 129 de dicho estatuto, 'el aporte de un crédito solamente será abonado en cuenta del socio cuando haya ingresado efectivamente a la caja social'.

Por lo que respecta a los títulos valores corporativos o de participación que otorgan a su titular la calidad de socio o miembro de una persona jurídica, como los títulos de acciones, debe igualmente tenerse en cuenta que su aportación corresponde a un verdadero aporte en especie que se requiere del previo avalúo de que antes se ha hablado, en razón a que ellos se consideran como títulos especulativos, denominados así porque su producto no es seguro sino fluctuante.

El aporte de estos documentos se hará con observancia de las normas que regulan su circulación.

Para terminar, y en lo que respecta a los títulos de tradición o representativos de mercancías, como éstos atribuyen a su tenedor legítimo el derecho exclusivo de disponer de las mercancías que en ellos se especifican, su

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

transferencia, hecha de acuerdo con la ley de su circulación, implica la de las mercancías que representan, las que deberán ser previamente avaluadas en cuanto vayan a ser objeto de aporte a una sociedad. En este caso, realmente lo que se aporta son las mercancías: la transferencia del título constituye apenas el medio adecuado para hacer la tradición de aquellas".

(Oficio OA-00533, Enero 18 de 1974).

4. *EN LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA NO ES ADMISIBLE EL APORTE CONSISTENTE EN DERECHOS HERENCIALES.*

Es necesario tener en consideración que el derecho de herencia es aquél que tiene el heredero de suceder al difunto en su patrimonio, es decir, es un derecho sobre una universalidad de bienes cuyo objeto lo constituye una cosa incorporal en donde el heredero es titular, no de un bien o varios bienes en particular, sino del derecho de suceder al de cujus en esa titularidad la cual sólo se concreta mediante la partición, momento en el que se entra a ejercer el dominio de uno o más de los bienes que conforman esa universalidad. Por ello es preciso tener en cuenta que los derechos herenciales no son más que una mera expectativa, esto es, que si bien es cierto se tiene vocación hereditaria respecto de los bienes del de cujus, la posesión de los mismos sólo se adquiere de manera determinada una vez cumplido el correspondiente proceso sucesoral y aprobada por el Juez competente la partición definitiva, siempre y cuando se haya concurrido al proceso con beneficio de inventario, pues de lo contrario puede suceder que siendo las obligaciones de un valor superior al de los bienes, se termina respondiendo por éstos.

Ahora bien, la legislación civil permite y regula brevemente lo referente a la cesión de los derechos herenciales, figura ésta, en virtud de la cual el heredero puede transferir los derechos que le corresponden dentro de la sucesión, haciéndose responsable únicamente de su calidad de tal, cuando no se especifiquen los efectos de que se compone, según reza el artículo 1967 del Código Civil, dicha transferencia recae obviamente sobre el derecho real de herencia únicamente, y no sobre los bienes que conforman la masa hereditaria de forma tal que el cesionario no adquiere el dominio de los bienes pertinentes sino en el momento de formalizada la partición y mientras ello no ocurra sólo será titular del derecho que a él se le adjudique, llegando el momento, la propiedad de los efectos que le correspondieren al heredero.

De otra parte, en la sociedad limitada la única garantía para los terceros la constituye el patrimonio social que inicialmente se halla representado por los aportes de los asociados, sin cuyo ingreso efectivo sería imposible además, desarrollar la empresa o actividad social para la cual se crea; ahora bien la legislación mercantil en su artículo 354 exige imperativamente que el capital social se pague íntegramente al constituirse la compañía, así como al solemnizarse cualquier aumento del mismo, es decir, que los asociados deben entregar sus aportes en el mismo momento de la constitución de la compañía o en el de la solemnización de cualquier aumento de capital social.

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que en las sociedades de responsabilidad limitada, no es admisible el aporte consistente en derechos herenciales, pues la sociedad como cesionaria de los mismos no tendría la titularidad de los bienes sobre los cuales versen aquéllos, sino hasta que se produzca la partición correspondiente, por lo cual, los bienes constitutivos del aporte propiamente dicho no ingresarían en la época exigida en la Ley.

(Oficio SL-08131 Abril 9 de 1987).

5. *EN EL RETIRO DE UN ASOCIADO EN LA COMPAÑIA, DEBE DISTINGUIRSE ENTRE RESTITUCION Y REEMBOLSO DE APORTES.*

Es necesario distinguir entre la restitución de aporte y reembolso del mismo.

A la primera figura se refiere el artículo 143 del Código de Comercio expresando taxativamente los eventos en los cuales se puede dar y son:

1. *"Durante la sociedad, cuando se trate de cosas aportadas solo en usufructo si dicha restitución se ha estipulado y regulado en el contrato.*
2. *Durante la liquidación cuando se haya cancelado el pasivo externo de la sociedad, si en el contrato se ha pactado su restitución en especie, y*
3. *Cuando se declare nulo el contrato social respecto del socio que solicita la restitución, si la nulidad no proviene de objeto o causa ilícita".*

Respecto del reembolso de capital manifiesta lo normado en el artículo 144 ibidem, que no es dable salvo en el caso de la disolución de la compañía y una vez cancelado el pasivo externo.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Esta regla tiene su excepción cual es la establecida en el artículo 146, que prescribe la posibilidad de reembolsar la totalidad del aporte de alguno o algunos de los asociados en las compañías por cuotas o partes de interés durante el curso de la vida social, cumpliéndose con los presupuestos que trae el artículo 154 sobre disminución del capital como consecuencia de dicho reembolso.

Entonces, se debe tener presente que una cosa es el reembolso y otra es la restitución , esta última solo se presenta en los casos expresamente señalados en la ley (artículo 143 ejúsdem) y busca que al asociado se le devuelvan los mismos bienes objeto del aporte inicial, mientras que con el reembolso se le devuelve al socio el valor de su aporte junto con las valorizaciones o desvalorizaciones, reservas, superávit de capital y utilidades por repartir, es decir, se trata de una verdadera liquidación parcial de la sociedad.

A la luz de los planteamientos expuestos podemos afirmar lo siguiente:

1. *No es posible devolver los bienes aportados en especie a menos que se trate de los casos de restitución previstos en el artículo 143 citado.*

Por otra parte, es importante advertir que al asociado no se le pueden devolver los mismos bienes aportados, como quiera que dichos bienes fueron avaluados por una suma determinada, la cual corresponde a un valor dentro del capital social y al ser entregados tales bienes a la sociedad como aporte, la titularidad de los mismos corresponde a la sociedad quien debe absorber como dueña las desvalorizaciones, sin que ello implique que el aporte de la socia se vea disminuido por esa circunstancia.

2. *En lo concerniente a la posibilidad de fijar un valor diferente al consignado en libros de unos bienes, se manifiesta lo siguiente:*

De acuerdo con el artículo 52 del Código de Comercio, los estados financieros de la sociedad deben reflejar la situación real patrimonial de la sociedad, por tanto, si es viable fijar un valor diferente al consignado en libros de la compañía, el cual se reflejaría en la contabilidad a través de las valorizaciones, en cuentas cruzadas de evaluación.

En cuanto al procedimiento a utilizar para efectos de determinar el precio de dichos bienes, es indispensable que se contraten los servicios de una persona o firma idónea sobre la materia, para que con base en un estudio técnico, certifique el valor actual de los mismos.

Lo anterior, como ya se dijo se podrá realizar siempre y cuando se trate de un reembolso de capital que cumpla con las exigencias legales ya comentadas y que el asociado que se retira acepte la entrega de bienes en especie como contraprestación del valor que resulte de sus aportes.

(Oficio EX-188891. Sept. 28 de 1989)

6. *LAS DEUDAS SUBORDINADAS PUEDEN SER OBJETO DE APORTE*

De acuerdo con la legislación colombiana el aporte puede consistir en dinero en efectivo; en bienes en especie, que deben ser apreciables en dinero; y en trabajo, esto es, la actividad personal e intelectual del asociado, anotando, que en las sociedades de economía mixta puede además el Estado aportar ventajas financieras o fiscales, garantías de las obligaciones de la sociedad o suscripción de bonos que la misma emita, auxilios especiales, concesiones, etc, (artículo 463 del Estatuto Mercantil).

Dichas clases de aportes, merecen los siguientes comentarios:

1. *Aportes de industria: Son todos aquellos que consistan en fuerza de trabajo, actividad personal, conocimientos tecnológicos, secretos industriales o comerciales, asistencia técnica etc, y se encuentra regulado por el artículo 137 ibídem.*

   El aporte de industria puede ser de dos modalidades de acuerdo con el artículo 138 del Código de Comercio: a) el estimado por un valor determinado y b) el que se promete sin estimación del valor.

2. *Aportes de capital: Que pueden ser en dinero o especie.*

   a) Dinerarios: Como lo expresa su título, son los que deben pagarse en moneda legal colombiana o extranjera, caso en el cual, es indispensable la conversión a moneda nacional.

   b) Aportes en especie: A excepción del dinero, se refiere a todas aquellas cosas corporales o incorporales susceptibles de apropiación por parte de cualquier persona, que se encuentren dentro del comercio y que se puedan apreciar en dinero. Son obligaciones de dar, hacer o no hacer.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

De acuerdo con ello los aportes en especie pueden consistir en patentes de inversión, cuotas o acciones, partes de interés, enseres, maquinarias, inmuebles, créditos quirografarios o con garantía real establecimientos de comercio etc. Los bienes objeto de tales aportes deben individualizarse, determinarse; deben ser lícitos y reales y para su tradición es indispensable el cumplimiento de los requisitos exigidos para ello según la naturaleza de la cosa de que se trate, a fin de que la sociedad adquiera pleno derecho sobre el objeto o bien anotado, lo que le permitirá usarlo, transformarlo, grabarlo o enajenarlo.

Ahora bien dentro de los aportes en especie que regula la ley, vale la pena destacar los aportes de créditos. Se ha considerado que los créditos, como activos patrimoniales representativos de obligaciones, son susceptibles de ser aportados a una sociedad, cumpliendo con el modo de transferirse según sea el tipo de crédito.

El estatuto mercantil en el artículo 129 regula esta materia, estableciendo que: "El aporte de un crédito solamente será abonado en cuenta de un socio cuando haya ingresado efectivamente en la caja social", agregando que: "el aportante de cualquier crédito responderá de su existencia, de la legitimidad del título y de la solvencia del deudor. Dicho crédito deberá ser exigible dentro del año siguiente a la fecha del aporte". Quiso con ello el legislador de una parte, que el crédito que reciba la sociedad como aporte real y efectivo se haga exigible dentro del año siguiente a la fecha en que se efectúe el aporte, por que éste es el término máximo establecido en la ley para efectuar los pagos de los aportes de capital. De otra, que el socio sea responsable por: a) la existencia del crédito; b) la legitimidad del título y c) la solvencia del deudor.

Igualmente al tenor de la disposición consagrada en el inciso 3o. del artículo 129 "si el crédito no fuere totalmente cubierto dentro del plazo estipulado, el aportante deberá pagar a la sociedad su valor o el faltante, según el caso, dentro de los treinta días siguientes al vencimiento, con los intereses corrientes del monto insoluto y los gastos causados en la cobranza. Si no lo hiciere, la sociedad dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 125". De esto se desprende que una vez se presente el vencimiento del respectivo crédito aportado, la sociedad procederá a efectuar el cobro al deudor, pero si éste no lo paga, nace una acción subsidiaria de la sociedad contra el socio aportante, quien está en la obligación de cubrir el valor total del crédito.

Pasando a la parte del capital, podemos definirlo como la suma de los aportes de los socios; capital suscrito como la suma de lo que cada uno de los socios se ha comprometido a aportar y capital pagado como la cantidad efectivamente cancelada o aportada por los socios en el momento de su vinculación a la sociedad.

No sobra decir que en las sociedades por acciones, es donde se dan estas tres clases de capital, y de acuerdo con la ley, en el momento de la constitución, debe suscribirse por lo menos la mitad del capital autorizado y pagarse no menos de la tercera parte del valor de cada acción que se suscriba, proporción esta que también debe pagarse en el momento de las suscripciones de acciones que se lleven a cabo con posterioridad a la constitución de la misma (artículos 130, 345 y 376 del Estatuto Mercantil).

Respecto a qué se entiende por deuda subordinada, podemos decir que es toda obligación cuyo cumplimiento está sujeto o condicionado a la cancelación de otras obligaciones, y partiendo del supuesto de que un eventual aporte de la misma al capital social de una compañía, provendría del acreedor de la obligación, la misma sí podría ser objeto de tal aportación, caso en el cual se estaría en presencia de un aporte en especie correspondiente a un crédito que como vimos es permitido en la legislación colombiana, siempre y cuando cumpla con los presupuestos del artículo 129, uno de los cuales es que la obligación correspondiente sea exigible dentro del año siguiente a la fecha de su aporte.

(Oficio 220-13294, Julio 1o. 1994)

7. SU PAGO EN LAS SOCIEDADES EN COMANDITA SIMPLE

Interpretación de la legislación positiva vigente.- Nuestro Código de Comercio continuó con la concepción doctrinal ya definida y decantada - convertida en precepto- del contrato social, y para ello mantuvo los cuatro tipos de asociación mercantil, más conocidos en la vida de los negocios como la clase o tipo de sociedad que adoptan los contratantes, requisito que debe expresarse en la escritura pública de constitución, tal como lo ordena el artículo 110 del Código de Comercio.

Lo anterior quiere decir, que existen normas generales y normas especiales que regulan cada tipo de sociedad, y para el caso que nos ocupa, la formación del

Superintendencia de Sociedades
DIRECCION JURIDICA

patrimonio social, dichos ordenamientos están desglosados de la siguiente manera:

a) *El artículo 124 del Código de Comercio.- Es una disposición que forma parte del Capítulo I del Contrato de Sociedad, de las disposiciones generales, y como tal informa todo el sistema legal, pues fija no solamente las pautas y principios para la formación, integración y desarrollo del contrato, sino también es fundamental para la interpretación del mismo, pues que en este caso regula uno de sus elementos esenciales o sustanciales como el aporte de los socios. Y para ello dispone que, los asociados deberán entregar su aporte en el lugar, forma y época estipulados, disposición que armoniza con otra también general, Artículo 110, la cual ordena que tanto en las sociedades de capital como en las de personas se indique la parte del capital que se suscribe y la que se paga por cada asociado en el acto de constitución.*

b) *Artículo 345 Código de Comercio.- En la sociedad en Comandita por Acciones deberá suscribirse por lo menos el cincuenta por ciento de las acciones en que se divide el capital autorizado y pagarse si quiera la tercera parte del valor de cada acción suscrita, ordena esta norma.*

Este precepto se aplica tanto al aporte de los socios comanditarios como al de los socios colectivos cuando estos suscriban acciones de capital, puesto que en este evento su aporte si forma parte del capital social, el cual está representado en títulos de igual valor, dispone el Artículo 344 del Código de Comercio y como el capital debe estar cancelado siquiera en la tercera parte, no puede dejarse de aplicar dicho requisito so pena de quedar irregularmente configurado el fondo social.

Como corolario de lo anterior, cuando el socio colectivo hace un aporte en industria, este no formará parte del capital social, ni redime por tanto cuotas de capital quedando nugatorio el requisito de la parte mínima del título cancelado (Artículo 344).

c) *Artículo 354 Código de Comercio.- Esta norma obliga a que en la sociedad de responsabilidad limitada se pague íntegramente el capital social al constituírse la compañía, así como al solemnizarse cualquier aumento del mismo. Dados los anteriores requisitos, se desprenden un sinnúmero de consecuencias, que no es del caso analizar en este concepto, como son la constitución de la reserva legal, la representación*

de la sociedad por todos y cada uno de los socios, características que no se pueden aplicar, ni predicar para los socios comanditarios en la sociedad en comandita simple.

d) *El Artículo 376 del Código de Comercio.- Al constituírse 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.*

Tal principio debe aplicarse, igualmente, cuando se hagan suscripciones posteriores.

Por qué se transcribieron las anteriores normas que regulan la constitución del capital social en las sociedades comanditarias por acciones, de responsabilidad limitada, anónima y nada se dijo respecto de la comanditaria simple?.

Sencillamente porque el Código nada regula de manera especial para este tipo de sociedad entratándose de la constitución del capital social o sea, que el artículo 124 arriba mencionado debe aplicarse de preferencia, pues las otras normas comentadas, como fácilmente puede deducirse, constituyen excepciones al principio general y como tales no pueden aplicarse analógicamente ni extensivamente precisamente por revestir ese carácter, o lo que es lo mismo por ser de restrictiva aplicación. Cuando el Artículo 341 del Código de Comercio, contempla las normas para lo no previsto en la sociedad en comandita simple, hace un desglosamiento tanto para los socios gestores que los remite a las normas de la colectiva, como para los comanditarios que deben tener aplicación las normas de la compañía de responsabilidad limitada, lo cual implica muy claramente que las normas aplicables por extensión hacen referencia es a los socios mismos y no a la formación propia de la sociedad, la que se relaciona directamente con la cuestión de la suscripción y pago del capital, anota el profesor Gabino Pinzón (Sociedades Comerciales Pag. 81, Temis 1977). Este argumento se clarifica más, cuando miramos el aporte de los socios gestores, que forman parte del capital social y diríamos que éste (el capital) se regiría entonces por las normas de la sociedad colectiva para gestores y de la sociedad de responsabilidad limitada para los comanditarios lo cual sería un contrasentido.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Y es que tal interpretación no es ajena a los principios de la comanditaria simple como lo anota el profesor Manuel Broseta Pont en su Manual de Derecho Mercantil, Técnico 1976 (págs. 182 y 183), al comentar el artículo correspondiente al Código de Comercio español:..."b)-Responsabilidad de los socios comanditarios y colectivos.-l_ si el socio comanditario ha realizado íntegramente su aportación, no queda obligado personalmente respecto de terceros, salvo que haya ofrecido una mayor suma de responsabilidad, Los acreedores sociales solo pueden dirigirse contra el patrimonio de la sociedad y, en su defecto, contra los socios colectivos que responden personal, solidaria e ilimitadamente de las deudas sociales (arts. 148, apartados 1o. y 2o.; 127 y 237 todos del C. de C.)" "2) Si el socio comanditario no ha realizado en todo o en parte su aportación (o le ha sido restituído indebidamente) queda obligado personalmente frente a terceros hasta el límite de la aportación prometida. Los acreedores pueden dirigirse directamente contra el socio comanditario, sin necesidad de recurrir al mecanismo de la acción subrogatoria. (Art. 1111 del C.C.); pero es dudoso que puedan hacerlo sin previa excusión de los bienes sociales". (El subrayado es nuestro).

El catedrático J. Girón Tena anota: "Cuando conservando solo en parte la vieja fórmula que proviene, como sabemos, del artículo 26 del C. de Co. francés, habla de "aportaciones que cada socio comanditario haga o se obligue a hacer", expresa la relevancia para acreedores de la promesa del comanditario". (Derecho de Sociedades Tomo 1 parte general, Sociedades Colectivas y Comanditarias 1976).

(Oficio PD-6694 Abril 20 de 1979).

VI - ASAMBLEAS

1. PLURALIDAD JURIDICA EN ASAMBLEAS Y JUNTAS DE SOCIOS

LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES ACEPTA EL CRITERIO DE LA PLURALIDAD JURIDICA, CONCIENTE DE LA LEGALIDAD QUE OSTENTA Y DE QUE CON ELLA SE DESARROLLA EL MANDATO COMO RECURSO JURIDICO, CONTRIBUYENDO ASI AL DINAMISMO NECESARIO Y DESEABLE DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES.

Está fuera de discusión que, en la gran mayoría de 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 en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de que con la sola asistencia del representante de varios asociados, es de pleno cumplimiento 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. Se trata aquí de la pluralidad jurídica, cuyos perfiles no desdibujan la estructura de las asambleas y juntas de socios, ya que en realidad no repugna en forma alguna al entendimiento, el hecho de que en cabeza de una "única" persona física se concentren diversas voluntades en virtud de la representación consagrada en el artículo 184 del Código de Comercio, han depositado varios o todos los socios de una compañía. En torno a este tópico, es oportuno destacar un concepto de la Cámara de Comercio de Bogotá en donde se lee:

"...Como bien lo define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, deliberar, en su primera acepción, es "resolver una cosa con premeditación".. Ateniéndonos a esta definición podemos considerar como perfectamente factible el que una sola persona delibere, siempre y cuando lo haga a título de representante de varias personas, habida cuenta de que si bien es cierto no existen diversas voluntades, sí existe una que se puede manifestar en tantos sentidos como representados haya. La voluntad del representado es anterior al negocio jurídico y opera en la medida en que por su deseo confiere al apoderado la facultad de que lo obligue, según sus instrucciones. Pero en la celebración del negocio encomendado actúa la voluntad del representante, con la aclaración de que éste puede manifestarla, y de hecho suele hacerlo, en el sentido determinado por el mandatario. (19).

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

"Tan cierto es lo anterior, que la doctrina y las legislaciones son unánimes en aceptar que en una asamblea cualquiera, el apoderado de diversos accionistas puede votar en varios sentidos sin que esto implique el fraccionamiento del voto.

"En este orden de ideas resulta lógico concebir el caso de que una persona determinada reciba poderes de varios asociados, unos de los cuales vr. gr. le ordenan votar a favor de un aumento de capital, otros le expresan su voluntad de que tal aumento solamente debe ser aceptado hasta un determinado monto al paso que uno de ellos le ordena votar por la negativa y un último accionista le otorga plenos poderes para actuar. Puede decirse que en este evento no tiene cabida la deliberación?.. Pensamos que no solo tiene cabida en la aceptación que del verbo deliberar hemos comentado, sino, inclusive, en la que lo define como la consideración atenta y detenida del pro y contra de nuestras decisiones antes de adoptarlas, pues, como se haría patente refiriéndonos al accionista que ha dado amplia autorización, el representante habrá de evaluar con detenimiento los factores positivos y negativos que el aumento de capital implica para su representado, antes de tomar la respectiva determinación...".

Las reflexiones anteriores enmarcan en lo esencial el problema propuesto y, a su turno, lo solucionan convenientemente. No escapa al entendimiento, desde luego, que alrededor de este eje, constitutivo de la pluralidad jurídica, giran otros argumentos que la complementan y reafirman, pero cuya presentación en este momento tal vez no sea necesaria, si se tiene en cuenta la contundencia de los someramente esbozados. En este orden de ideas puede afirmarse que la aceptación por parte de esta Entidad de la tesis referida, implica indudable beneficio a los entes vigilados, en términos de dinamismo para la correcta configuración de sus asambleas y juntas de socios.

Notorio servicio puede prestarse pues, en este campo a las sociedades comerciales frente a la imperiosa necesidad de rapidez que la vida de los negocios cada día reclama con mayor intensidad. Por lo demás, es claro que con una determinación de tal naturaleza no se corre el riesgo de contrariar las disposiciones legales que regulan la materia ni, como se dijo en otro aparte, da lugar a inconvenientes en el ámbito puramente lógico.

Por otro extremo y con el ánimo de evitar posibles confusiones de las compañías, no sobra advertir a los representantes legales y administradores, así como a los propios asociados, para que sea perfectamente claro que esta ampliación del criterio de la Superintendencia no significa que se esté dejando el camino libre a las mal denominadas "reuniones unipersonales" formadas con un

solo individuo que, a título personal o en representación de otro, pretende dar por cumplido el requisito de la pluralidad que la ley prevé, con el endeble argumento según el cual las acciones, cuotas o partes de interés por ellos representadas, son suficientes para establecer el "quórum deliberativo".

Es nítido aquí que en tales eventos no existe pluralidad física ni jurídica y por ello no puede pensarse que en esas circunstancias nos encontremos frente a una verdadera reunión de la asamblea o de la junta de socios.

En síntesis puede afirmarse que:

a) Con la tesis de la pluralidad jurídica, también se da cabal cumplimiento a las disposiciones legales que rigen la formación de las asambleas y juntas de socios, pues con ella no se desvirtúa el requisito de pluralidad de asociados que la ley requiere al efecto, por la circunstancia de que varias voluntades se concentren en "un solo" mandatario.

b) En estos casos el mandatario obra como receptor de las voluntades que evidentemente tiene origen en distintos individuos, y en tales condiciones de independencia continúan viviendo en él, quien debe expresarlas, así como en todos los efectos jurídicos que producen respecto de la compañía, sus socios y, eventualmente, de los terceros.

c) La tesis en cuestión no solo puede predicarse ante los poderes otorgados con fundamento en el artículo 184 del Código de Comercio, sino en todos los demás eventos de figuras jurídicas en que por causas legales o contractuales, una persona represente, en debida forma, a varios socios en asambleas o juntas de asociados de las compañías mercantiles.

d) No debe confundirse la figura de la pluralidad, con la equivocadamente denominada "asamblea unipersonal", pues en ésta no existe pluralidad física ni jurídica.

(Memorando DAL-039, Julio 11 de 1988)

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

2. *EL IMPEDIR EL INGRESO DE UN ACCIONISTA A LA ASAMBLEA POR EL HECHO DE PRESENTARSE DESPUES DE INICIADA LA REUNION, ES VIOLATORIO DE UNO DE LOS DERECHOS QUE LA LEY LE CONFIERE AL ACCIONISTA, CUAL ES EL DE PARTICIPAR EN LAS DELIBERACIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS Y VOTAR EN ELLA.*

Debe entenderse por quórum la pluralidad de asociados, titulares de porciones de capital, determinado 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.

Sentado lo anterior, el artículo 427 del Código de Comercio fija de manera imperativa las condiciones mínimas que pueden pactarse estatutariamente para deliberar y decidir validamente, a saber: "La asamblea deliberará con un número plural de personas que represente, por lo menos, la mayoría absoluta de las acciones suscritas, salvo que en los estatutos se exija un quórum diferente. Las decisiones se tomarán por mayoría de los votos presentes, a menos que la ley o los estatutos requieran para determinados actos una mayoría especial".

De la norma transcrita, se concluye que el ordenamiento mercantil colombiano contempla dos clases de quórum:

1o. El quórum deliberativo, o sea, el mínimo de asociados o de porciones de capital requeridos para que el cuerpo colegiado pueda sesionar, y

2o. El quórum decisorio o mayoría requerida para decidir, éste, entendido como la mayoría de votos necesarios para aprobar validamente cualquier resolución, supone siempre la existencia del quórum deliberativo, pero no a la inversa, pues puede acontecer que haya quórum para deliberar, y no para decidir, y se alude a los votos porque ciertamente hay casos en que el derecho al voto lo restringe la ley, como por ejemplo, los contemplados en los artículos 185 y 428 del Estatuto Mercantil. Es de advertir que estas restricciones no se tienen en cuenta para establecer el quórum deliberativo.

Ahora bien, en las reuniones que celebre la Asamblea general de Accionistas debe tenerse en cuenta que al momento de iniciarse estén

presentes o debidamente representadas las acciones que de acuerdo al contrato social, o a la ley en su caso, conformen el mínimo para iniciar las deliberaciones, es decir que el referido quórum debe conservarse desde el comienzo de la sesión hasta su fin, ya que de desintegrarse éste, las decisiones que se adopten a partir de tal momento son ineficaces y no podría pregonarse que se está en asamblea (artículos 186 y 190 del Código de Comercio).

Así las cosas, sí estando el Máximo órgano Social reunido validamente en la forma indicada anteriormente, se hicieren presentes más acciones, éstas pasarían a incrementar ya no el quórum deliberativo sino el número de deliberantes con derecho a voto, toda vez que, la ley no dispone que el derecho a voto se obtenga sólo si se ha asistido a la asamblea desde su comienzo. Es dable recordar que si la ley no distingue, no es propio que lo haga quien la interprete; en nuestro caso, la ley no diferencia entre las acciones que concurren desde el comienzo de la reunión y las que lo hacen cuando ha transcurrido parte de ésta.

Por lo anteriormente expuesto, el Despacho considera que si se llegare a impedir el ingreso a la asamblea de un accionista por el hecho de presentarse después de iniciada la reunión, tal determinación sería violatoria de uno de los derechos que la ley le confiere al accionista,cual es el de participar en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas y votar en ella (artículo 379 del Estatuto Mercantil.

(Oficio AN-0850, Enero 29 de 1988).

3. *IMPUGNACION DE SUS DECISIONES.- LA APROBACION DEL BALANCE NO LIBERA DE RESPONSABILIDAD A LOS ADMINISTRADORES.*

Si bien es cierto que las decisiones adoptadas por la asamblea general de accionistas son tomadas conforme a los distintos grados de mayorías previstas en la ley y en los estatutos, según sea la importancia de las decisiones de que se trate, y en cuyas determinaciones influyen como es lógico los accionistas mayoritarios, no quiere decir que tales mayorías estén facultadas para desconocer en la reunión los derechos y obligaciones reconocidos o establecidos por la ley a los demás accionistas, pues todas las determinaciones deben tomarse dando estricto cumplimiento a las reglamentaciones legales y contractuales, so pena de

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

verse afectadas en su legalidad (artículos 186, 190 y 433 del Código de Comercio).

El desacato de lo anterior faculta a los accionistas que estuvieron ausentes o que estando presentes en la reunión votaron en contra de lo decidido por la Asamblea, para que mediante los mecanismos señalados en la ley impugnen dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la sesión aquellos acuerdos que sean contrarios a derecho ante la justicia ordinaria (artículo 191 del Código citado).

De otra parte los administradores no están obligados a obedecer aquellos actos o decisiones de asamblea, inclusive los de junta directiva, que contravengan la ley (artículo 191 ibídem). Por consiguiente están en el deber de impugnarlas, o de lo contrario en el supuesto de cumplir tales ordenes, responderán de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los asociados o a terceros (artículo 192 y 200 ibídem).

Es pertinente anotar que las acciones de impugnación contra las decisiones de tales órganos solamente pueden intentarse ante la justicia ordinaria, mediante el trámite judicial del proceso abreviado, en el cual el juez puede suspender provisionalmente el acto impugnado para evitar perjuicios graves, cuando así se haya solicitado en la demanda, prestando para ello el demandante una caución en la cuantía señalada por el juez del conocimiento (artículo 414, numeral 14 y 438 del Código de Procedimiento Civil). Por esta razón debe tenerse en cuenta que dichos actos de asamblea o junta directiva no son susceptibles de ventilarse ante amigables componedores o ante árbitros y mucho menos ante la Superintendencia de Sociedades. (artículo 194 del Código Mercantil).

En el mismo orden de ideas, el legislador con el fin de proteger a los accionistas y aquellas personas que tengan que ver con la sociedad por alguna circunstancia, ha dispuesto que la aprobación del balance por el órgano social competente no exonerará de responsabilidad a los administradores, funcionarios directivos y revisores fiscales durante el ejercicio a que se contraiga tal documento (artículo 292 ibídem). Por consiguiente es claro que la aprobación del balance no tiene la virtud de liberar de responsabilidad a los funcionarios mencionados, pues " .ese acto periódico no equivale a un finiquito concluyente que los libere de toda vinculación con la sociedad. Por el contrario aunque el administrador deje de serlo, la vinculación jurídica subsiste hasta cuando sean aprobados definitivamente los actos de toda gestión. Además las anomalías, falsedades, errores, omisiones e irregularidades no surgen simultáneamente con la

elaboración del balance sino que en ocasiones suelen salir a flote tiempo después de clausurado un ciclo contable. Inclusive si con posterioridad a la aprobación definitiva de las cuentas de los administradores o liquidadores, surge alguna acción contra ellos, ésta sólo prescribe transcurridos cinco años contados a partir de la fecha de la mencionada aprobación (Código de Comercio, artículo 256 José Ignacio Narváez G. Teoría General de las Sociedades, Legis Editores S.A. Bogotá, 1977 pág. 162).

Así las cosas se puede apreciar que nuestra legislación ha señalado formulas para superar el conflicto de intereses entre los accionistas mayoritarios y minoritarios y por ello, fuera de otros intereses tutelados que no son el caso mencionar, la asamblea general de accionistas, la junta directiva y el gerente, no deben tomar decisiones a su arbitrio, pues éstas deberán ser adoptadas de conformidad con las prescripciones legales y estatutarias. Así, el hecho de considerar el balance a más de la mitad del año siguiente de haberse terminado el período contable, no impide de manera alguna hacerle las objeciones que cualquier accionista tenga a bien formular, sin perjuicio del porcentaje del capital social que posea.

(Oficio AN-18653, Septiembre 8 de 1983).

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

DOCTRINAS Y CONCEPTOS JURIDICOS 1995

CAPITULO II

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

I - BONOS

1. COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA PARA AUTORIZAR LA EMISION DE BONOS ORDINARIOS.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 y 13 del Decreto 1026 de 1990, que fueron recogidos por los artículos 2.3.1.12 y 2.3.1.13 respectivamente del Decreto 653 de 1993, contentivo del actual estatuto orgánico del mercado público de valores, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 36 de la Ley 35 de 1993, toda emisión de bonos por parte de una sociedad sometida a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades requería autorización previa de la Superintendencia de Valores, con la única excepción de la emisión de bonos obligatoriamente convertibles en acciones siempre que la emisión no se colocare por oferta pública y que las acciones de la sociedad emisora no se encontraren inscritas en el Registro Nacional de Valores, ni se requiriera su inscripción en una bolsa de valores, en cuyo caso la autorización correspondía exclusivamente a esta Superintendencia.

Posteriormente, la Resolución 1242 del 5 de octubre de 1993, proferida por la Superintendencia de Valores en ejercicio de las facultades legales y en especial de las que a su vez le fueron conferidas por los artículos 1.1.0.4 y 1 1.0.5 del Estatuto Orgánico del Mercado Público de Valores que la dotan entre otras, de atribuciones para señalar los requisitos y condiciones para la emisión y colocación de bonos ordinarios, con derecho de conversión u obligatoriamente convertibles en acciones,introdujo algunas modificaciones sobre el particular y entre otros derogó expresamente las disposiciones antes citadas.

En su lugar el parágrafo 2. del artículo 42 de la citada Resolución, dispuso en materia de autorización de emisión y oferta pública de bonos para los fines que conciernen a esta Entidad, que las emisiones de bonos que pretendan realizar las sociedades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades que no se vayan a ofrecer públicamente, así como las que hagan las sociedades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, deberán ser autorizadas por las citadas entidades.

Significa lo anterior que la competencia de esta Superintendencia, para efectos de la autorización referida no está ya restringida a los bonos obligatoriamente convertibles en acciones, cuando se den las condiciones señaladas, por lo cual, y en concordancia con lo dispuesto en el numeral 17,

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

artículo 6 del Decreto 2155 de 1992, que le asignó a esta Entidad la función de autorizar la emisión de bonos de las sociedades sometidas a su vigilancia de acuerdo con lo establecido en la ley, resulta claro que la autorización, cualquiera que sea la clase de bonos que se vayan a emitir, corresponde a la Superintendencia de Sociedades siempre que de sociedades sometidas a su vigilancia se trate, a menos que la misma comporte una oferta pública, en los términos del artículo 34 de la Resolución 1242 de 1993, caso en el cual corresponderá a la Superintendencia de Valores.

(Oficio 220-15498, Agosto 19 de 1994).

II - CAPITAL SOCIAL

1. CAPITAL EN LAS SOCIEDADES ANONIMAS

DURANTE SU FUNCIONAMIENTO NO OBLIGA LA PROPORCION ENTRE CAPITAL AUTORIZADO Y EL SUSCRITO.

El artículo 376 del Código de Comercio ordena que al constituirse la sociedad 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.

Ha de distinguirse entre el capital social, el capital suscrito y el capital pagado. El primero, que no representa sino el total de las acciones que la sociedad puede colocar entre los inversionistas, en forma de presupuesto de la empresa social; el segundo, que es la parte de ese capital social que los suscriptores de acciones se han obligado a llevar a la caja social; y el tercero, que es la parte del capital suscrito que ha sido pagado. De esta suerte, lo único que realmente interesa conocer a terceros o que representa alguna garantía para ellos es el capital suscrito, sea que haya sido pagado, sea que represente un crédito de la sociedad contra los suscriptores, Por eso se exige que, al darse a conocer el capital social, se indique, a la vez, el monto del capital pagado.

Al criterio transcrito conviene agregar que el capital autorizado no es otra cosa que la expresión del programa financiero social; y que la obligación de que se suscriba al momento de constituirse la sociedad por lo menos el 50% del mismo fija un punto de referencia al cual se dirige la mirada de los terceros para

observar el estado económico de la compañía en aquél instante. Se evita de esa manera la formación de un cierto espejismo que podría devenir falso estímulo de potenciales acreedores de la compañía, quienes ante una cifra equivocadamente considerada como capital pagado no vacilarían en negociar sin temor alguno con una persona moral que bien podría contar al principio con un capital suscrito exigüo e insuficiente para garantizar las acreencias sociales.

Pero si bien es cierto en torno a la consideración precedente no parece que existan dudas, también lo es que el requerimiento de la proporción que se comenta entre capital autorizado y capital suscrito de la sociedad anónima no puede extenderse so pretexto de una interpretación teleológica de la norma a la totalidad del período durante el cual la compañía ejerce su actividad social, pues el artículo 376 del Código de Comercio es de claridad meridiana al indicar que "Al constituirse la sociedad 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". (se subraya)

No debe olvidarse que de acuerdo con el principio general de hermenéutica "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu". (art. 27 inciso 1o. del C.C.).

Por otro extremo téngase en cuenta que el capital social, más exactamente el suscrito, es apenas una parte del patrimonio que pertenece al ente societario cuya vocación legal es la de constituir prenda común de los acreedores, de donde se infiere que incurren en error quienes suponen que la sociedad responde únicamente con dicha fracción patrimonial.

En este orden de ideas, debe concluirse que por conveniente que pueda resultar en un momento determinado la permanencia de la proporción que necesariamente debe existir entre el capital autorizado y el suscrito en el momento de la constitución de la sociedad anónima, no es dable pensar que la obligación legal dice relación a toda la etapa de actividad social, en el sentido de ejecución de su objeto, pues si así se exigiere se estaría dando una interpretación equivocada y excesiva al precepto respectivo, lo cual es obviamente inadmisible, ya que, se repite, el artículo 376 no admite duda alguna en cuanto a que es al constituirse la sociedad anónima cuando debe suscribirse por lo menos el cincuenta por ciento del capital autorizado y no en los futuros aumentos del mismo.

Por la semejanza temática que existe entre la precitada disposición, correspondiente al régimen especial de las sociedades anónimas, y el artículo 345

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

del C. de Co., alusivo a las sociedades en comandita por acciones, debe destacarse este último por cuanto en él se prevé lo siguiente:

"Al constituirse la sociedad deberá suscribirse por lo menos el cincuenta por ciento de las acciones en que se divida el capital autorizado y pagarse siquiera la tercera parte del valor de cada acción suscrita. En las suscripciones posteriores, se observará la misma regla..."

Como se ve, en este evento, la ley consagra idénticas obligaciones en las dos especies de compañías antedichas, por lo que dice relación a las proporciones que han de mantenerse en ambas al momento de la constitución entre el capital autorizado suscrito y pagado. Desde luego que los términos "En las suscripciones posteriores se observarán las mismas reglas" que se emplearon en la redacción de este artículo, significa que en toda suscripción de acciones habrá de pagarse al menos la tercera parte del valor de cada acción que se suscriba, lo cual también ocurre en tratándose de compañías anónimas (Art. 387 C. Co.), mas no que en cualquier aumento del capital autorizado sea necesario restablecer los porcentajes que son exigibles sólo en el acto de constitución como varias veces se ha dicho. Si este hubiere sido el querer del legislador, así lo habría expresado en la norma y aún en este caso, ello no autorizaría al uso de la analogía en el caso de las sociedades anónimas, puesto que tienen norma expresa sobre el particular.

Por otro extremo vale la pena recordar que el artículo 376 inciso primero del Código de Comercio, que, es de carácter imperativo, tampoco puede ser aplicado analógicamente a los eventos que ocurran después del acto constitutivo de la sociedad, ya que no se está frente a vacíos legales susceptibles de ser decididos mediante tal mecanismo, en los términos del artículo 1o. del Código de Comercio, sino ante una situación que no requiere el uso de este instrumento, acerca de la cual es evidente que no se legisló. Por lo demás, téngase en cuenta que según lo expuesto, la norma general no indica proporcionalidad alguna entre el capital autorizado y suscrito y que esta afirmación no resulta ser acomodaticia, puesto que el capital autorizado puede ser objeto de aumentos cuantas veces lo desee la asamblea general de accionistas a través de la respectiva reforma estatutaria. La proporción que exige el artículo 376 inciso primero del Código de Comercio constituye un típico caso de excepción, puesto que es solamente al instante de la constitución de la sociedad anónima cuando ha de existir tal proporcionalidad como ya se ha señalado y si esto es así, cómo olvidar el principio general de hermenéutica que nos enseña la no aplicabilidad del método analógico en tratándose de eventos exceptivos.

En síntesis: Conforme con el artículo 376 inciso primero del Código de Comercio, al momento de constituirse las sociedades anónimas debe suscribirse al menos el cincuenta por ciento del capital autorizado pero esta exigencia no alude a los posteriores aumentos del mismo.

(Oficio OA/19573, Octubre 3 de 1980).

2. *EL AUMENTO DE CAPITAL EN VIRTUD DEL CUAL DEBAN EFECTUARSE NUEVOS APORTES, SE REALIZA DE MANERA DIFERENTE SEGUN SE TRATE DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA O ANONIMAS*

Tratándose de una compañía limitada, debe anotarse que en las disposiciones legales pertinentes no se consagró norma en virtud de la cual se obligue a que todo aumento del capital social deba hacerse en proporción a las cuotas sociales que tengan todos los socios, de manera que sea legalmente obligatorio en tales aumentos que los socios queden con igual participación porcentual, lo que no sucede tratándose de la cesión de cuotas. Por consiguiente, para tal fin hay que estarse a lo que sobre el particular se hubiere dispuesto en los estatutos de la compañía, conforme al artículo 372 del Estatuto Mercantil.

Por su parte, en el caso de una sociedad anónima debe señalarse que la ley sí consagró la referida proporcionalidad como se desprende del artículo 388 del Código de Comercio, de suerte que en todo aumento de capital suscrito en principio, los accionistas tienen derecho a suscribir un número de acciones proporcional al número de las que tengan, salvo que la asamblea general de accionistas disponga otra cosa.

Es oportuno también indicar que el aumento de capital en virtud del cual deban efectuarse nuevos aportes, se realiza de manera diferente, según se trate de una sociedad limitada o anónima, pues al paso que en la primera se hace necesariamente mediante una reforma estatutaria que como tal requiere la intervención de la junta de socios reunida con la observancia de los requisitos legales y estatutarios pertinentes, en la anónima, dicho aumento se realiza salvo circunstancias diferentes, a través de una colocación de acciones cuyo reglamento debe ser aprobado por la junta directiva, o por la asamblea general de accionistas, según se haya previsto en los estatutos.

(Oficio AN-19447, Octubre 5 de 1989)

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

3. PARA LA CAPITALIZACION DE ACREENCIAS NO SE REQUIERE REGLAMENTO DE COLOCACION

Esta Superintendencia, ha venido sosteniendo que ***tratándose del incremento del capital social que se realiza a través del pago de utilidades en forma de acciones liberadas (artículo 455 ibídem), no se requiere recurrir al reglamento de colocación (artículo 384 del Código de Comercio), y por ende no se está frente a un contrato de suscripción,*** *dado que en este caso no hay oferta, pues el referido pago surge como consecuencia de una determinación de la asamblea general de accionistas en los términos previstos en el inciso 3o. del artículo 455 ibídem, esto es, adoptada con una mayoría del 80% de las acciones representadas en la reunión, mayoría necesaria para que sin excepción alguna, queden vinculados todos los accionistas.*

Así mismo se ha dicho que es perfectamente posible que el capital suscrito y pagado sea aumentado mediante la dación de acciones en pago de deudas a cargo de la sociedad y en favor de los accionistas *y, más aún cuando dicho mecanismo es una medida de saneamiento financiero que permite que el pasivo exigible se convierta en capital, el cual a pesar de figurar también en el pasivo, no es exigible.*

Ahora bien en ***lo que respecta al modo de llevar a cabo dicha operación, esta Entidad luego de un detenido análisis ha llegado a la conclusión de que para la misma no es necesario acudir a un proceso de colocación de acciones mediante la elaboración y aprobación de un reglamento de colocación y la posterior oferta y suscripción de las acciones respectivas,*** *en razón básicamente, a las siguientes consideraciones:*

1. *La capitalización en este caso surge como consecuencia de un acuerdo previo entre la sociedad deudora y sus acreedores como un medio para extinguir una obligación preexistente.*

2. *De acuerdo con ello las personas llamadas a recibir las acciones de la sociedad, al estar vinculadas a la misma por razón de la existencia de una relación jurídica dada por el acto, operación o contrato originario de la obligación, no acceden a tales acciones obedeciendo a un acto unilateral de la sociedad como es la formulación de una oferta de suscripción de acciones, sino a un acuerdo sobre la extinción de una o más obligaciones a su favor.*

3. *El artículo 386 del citado código, señala los requisitos que debe contener todo reglamento de colocación, de tal manera que la inoperancia de ellos generará igualmente la del reglamento, que es lo que ocurre en el caso de la capitalización de créditos donde por la naturaleza de la operación, no se dan algunos de tales requisitos, como son la determinación de la proporción y forma de suscripción, ya que el número de acciones a entregar está determinado por el monto de la obligación cuya extinción o disminución se acordó de esa forma; el señalamiento del plazo de la oferta, como quiera que al existir un acuerdo previo y tratarse simplemente de la cancelación o disminución de un crédito, su ejecución es instantánea y finalmente, el plazo para el pago, por cuanto en este evento el acreedor no está llamado a hacer entrega a la sociedad de dinero o bienes avaluables como tal, amén de que el pago se surte simplemente con el traslado contable que impone la operación.*

4. *Por último, la colocación de acciones es principalmente un proceso en virtud del cual la sociedad persigue o busca la obtención de nuevos recursos por parte de sus accionistas o de terceros y por ello las acciones por ella ofrecidas están llamadas a ser suscritas como contraprestación a dichos recursos. Frente a la capitalización comentada, no es este el objetivo a lograr, pues si bien con ella se obtiene un incremento en la cifra del capital suscrito y pagado, la misma no implica el ingreso de tales recursos sino simplemente la cancelación o disminución de una cuenta del pasivo externo.*

(Oficio 220-8358, Mayo 6 de 1994)

4. LA CAPITALIZACION DE ACREENCIAS REQUIERE APROBACION DE LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS

Esta Superintendencia ha venido sosteniendo que para la capitalización de acreencias no se requiere la elaboración de un reglamento de colocación de acciones.

Así mismo, se ha dicho que el aumento del capital suscrito y pagado, puede realizarse validamente mediante la dación de acciones en pago de deudas a cargo de la sociedad y a favor de los accionistas, más aún, como se afirmó en esa oportunidad "cuando dicho mecanismo es una medida de saneamiento

financiero que permite que el pasivo exigible se convierta en capital, el cual a pesar de figurar también en el pasivo, no es exigible".

Ahora bien, en cuanto al interrogante de si es dable llevar a cabo la capitalización de acreencias con personas ajenas a la sociedad, valga decir, no accionistas, sin necesidad de acudir a un reglamento de colocación de acciones, se considera que ello es posible por las mismas razones ya indicadas que sirvieron de fundamento para sostener dicha viabilidad cuando los acreedores sean accionistas. Claro está que para llevar a cabo dicha operación sería necesario que la asamblea general de accionistas con la mayoría establecida para el efecto,y que no puede ser inferior al 70% de las acciones representadas en la reunión, apruebe la referida capitalización, como igualmente se requiere de dicha aprobación cuando la capitalización se realice en favor de acreedores-accionistas, y en virtud de la misma se modifique la participación porcentual de los asociados.

Ello por cuanto el derecho de preferencia en la suscripción de acciones, significa que son los accionistas los primeros llamados a efectuar cualquier aporte al capital social cada vez que la compañía lo requiera, lo cual deben hacer en proporción a la participación que tengan dentro de dicho capital, con el fin de mantener el mismo grado de participación que acordaron al constituir la sociedad, de manera que el ingreso de terceras personas como asociados o el incremento del porcentaje de uno o más accionistas y por lo tanto la consecuente disminución en el de los restantes, está condicionada a que aquellos manifiesten su decisión de no ejercer tal prioridad en virtud de la renuncia al derecho de preferencia por parte de la asamblea general de accionistas, o por pacto expreso estipulado en los estatutos sociales.

(Oficio 220-16747, Agosto 31 de 1994).

5. *LA CAPITALIZACION DE LA CUENTA DE REVALORIZACION DEL PATRIMONIO.*

Para los fines relacionados con la ***"revalorización patrimonial"*** *es necesario en primer lugar analizar el alcance de las disposiciones legales que regulan la materia. De una parte, se tiene que el Decreto 624 de 1989 mediante el cual se adoptó el Estatuto Tributario, determina en su artículo 346, que el patrimonio líquido al comienzo de cada período, debe ajustarse con base en el PAAG anual, salvo cuando éste sea negativo, en cuyo caso no se efectúa el ajuste.*

Como contrapartida se llevará un débito a la cuenta de corrección monetaria por igual cuantía.

Para efectos comerciales el patrimonio inicial de cada año debe ser objeto de tal ajuste, registrándose como mayor valor del patrimonio en la mencionada ***cuenta de revalorización del patrimonio.***

Dicha cuenta forma parte del patrimonio de los años siguientes para efectos de los cálculos a que se refiere el inciso anterior. El valor reflejado en esta cuenta no podrá distribuirse como utilidad a los socios o accionistas, hasta tanto se liquide la empresa o se capitalice tal valor de conformidad con lo previsto en el artículo 36-3 del estatuto tributario, en cuyo caso se distribuirá como un ingreso no gravado con el impuesto sobre la renta y complementarios.

La norma antes citada a su vez establece entre otros,que la distribución de utilidades en acciones o cuotas de interés social, o su traslado a la cuenta de capital, producto de la capitalización de la cuenta de revalorización del patrimonio... es un ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional.

Por su parte el artículo 90 del Decreto 2649 del 30 de diciembre de 1993, a través del cual se reglamenta la contabilidad en general y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, preceptúa que: "La revalorización del patrimonio refleja el efecto sobre el patrimonio originado por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Su saldo solo puede distribuirse como utilidad cuando el ente se liquide o se capitalice su valor de conformidad con las normas legales".

Del contenido de las disposiciones citadas, se aprecia claramente que tanto para fines tributarios, como contables, ***el saldo producto de la Revalorización del Patrimonio únicamente puede ser distribuido entre los socios o accionistas como una utilidad, al momento de liquidarse el ente societario o bien, capitalizarse en la forma prevista por la ley.***

Por tanto, resulta obvio que bajo ninguna circunstancia dicha utilidad es susceptible de ser repartida entre los accionistas a título de dividendo, en dinero efectivo.

Ahora bien, lo anterior no obsta para que la distribución del valor correspondiente se haga en acciones, pues esta es la forma a través de la cual se realiza una capitalización, que es la posibilidad que contempla la ley para

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

entender por cumplida la obligación de mantener ese saldo como una utilidad no distribuible, que en últimas es la finalidad que se persigue.

Así las cosas y ***teniendo en cuenta que la capitalización en ese caso debe efectuarse con sujeción a las normas legales pertinentes, este Despacho es de la opinión que para ello basta con que una vez justificado ese mayor valor que adquiere el patrimonio en razón del efecto inflacionario, el máximo órgano social apruebe su capitalización mediante la distribución en acciones, para lo cual se requerirá el voto de la mayoría ordinaria prevista en los estatutos, no siendo necesario por lo tanto la elaboración de un reglamento de colocación de acciones y por ende la celebración de un contrato de suscripción de acciones.***

La conclusión expuesta, se fundamenta en las siguientes consideraciones:

1. No establecen las normas que se han mencionado procedimiento o mecanismo alguno para efectos de realizar la capitalización de la cuenta de revalorización de patrimonio, sino que simplemente se remite a otras disposiciones, sin señalar a cual de ellas, al prever tales normas que la referida operación debe efectuarse "con sujeción a las normas legales pertinentes".

2. Conforme a lo indicado, debe entonces analizarse el régimen propio de las sociedades mercantiles, que en punto a las sociedades por acciones permite que el aumento del capital suscrito y pagado de las mismas pueda surtirse principalmente mediante un contrato de suscripción de acciones, o un pago de dividendo en forma de acciones y adicionalmente a través de otros mecanismos tales como el aumento del valor nominal de las acciones, lo que implica una reforma estatutaria y, la capitalización de acreencias, los que no son del caso analizar para los efectos de este concepto, precisamente por ser mecanismos excepcionales.

3. El contrato de suscripción de acciones debe llevarse a cabo sobre la base de un reglamento de colocación que ha de aprobar el órgano social competente, el que a su vez implica la existencia de una oferta en virtud de la cual la sociedad ofrece a sus accionistas, a terceros o a ambos, un número determinado de acciones frente a las cuales estos deben tener la opción de adquirirlas o no, circunstancia esta que no se presenta tratándose de capitalización de la revalorización del patrimonio, como quiera que por ser su destinación únicamente la referida capitalización o su permanencia como tal hasta la liquidación de la sociedad, los accionistas no tienen opción distinta a la de recibir las acciones correspondientes a la capitalización, no presentándose por ello una

verdadera oferta que configure la existencia de un reglamento de suscripción y por ende del respectivo contrato.

4. Como se ha dicho, la colocación de acciones es principalmente un proceso en virtud del cual la sociedad persigue la obtención de nuevos recursos y por ello las acciones ofrecidas están llamadas a ser suscritas como contraprestación a los aportes respectivos, lo que no ocurre en relación con la capitalización comentada, donde si bien a través de la misma se obtiene un incremento en la cifra del capital suscrito y pagado, ello no implica el ingreso de tales recursos sino la modificación de sendas cuentas del patrimonio, mediante la disminución o cancelación de la de revalorización del patrimonio y el aumento de la de capital.

5. Aún cuando por la circunstancia última mencionada la señalada capitalización podría ser similar al pago de dividendo en acciones por implicar esta operación también el traslado de una cuenta del patrimonio a otra de la misma clase (utilidades por distribuir a capital), tampoco puede manejarse bajo este régimen y someter tal operación a las mayorías calificadas exigidas para aquél, en razón a que el pago del dividendo se da respecto de las utilidades generadas por la sociedad en desarrollo de la empresa social, mientras que la revalorización es simplemente la actualización del patrimonio por efectos de la inflación. Además, tratándose de mayoría calificada y dada la condición de tal, debe aplicarse restrictivamente, al caso expresamente señalado en la norma.

Siendo entonces inaplicables los sistemas de incremento de capital suscrito previstos para las sociedades por acciones, cabe la conclusión planteada según la cual, la capitalización de la tan nombrada cuenta, permitida en la legislación tributaria, puede llevarse a cabo mediante decisión de la asamblea general de accionistas, con base en la facultad de competencia residual consagrada en el artículo 420 del Código de Comercio y según el cual le competen a dicho órgano aquellas funciones que le señalen la ley o los estatutos y las que no correspondan a otro órgano.

(Oficio 220-14803, Agosto 8 de 1994).

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

6. *LA CAPITALIZACION DE UTILIDADES*

Al capitalizar el saldo de la cuenta de Revalorización del Patrimonio, el precio de las acciones emitidas, debe ser el valor nominal y no a su valor intrínseco.

Es necesario primero tener en cuenta que la REVALORIZACION DEL PATRIMONIO no constituye una entrada real de fondos a la compañía, ya que se origina en los ajustes por inflación aplicados a cada una de las cuentas del patrimonio, excluídas las utilidades, excedentes o pérdidas que se vayan acumulando durante el respectivo ejercicio y los rubros correspondientes a valorizaciones de activos, good will, knowhow y demás partidas estimadas o que no hayan sido producto de una adquisición efectiva. (artículos 94 y 95 del decreto 2649 de 1993).

Es así que el artículo 90 del Decreto 2649 de 1993 establece que: "La revalorización del patrimonio refleja el efecto sobre el patrimonio originado por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Su saldo solo puede distribuirse como utilidad cuando el ente se liquide o se capitalece su valor de conformidad con las normas legales".

Como segundo aspecto, es preciso advertir que la capitalización de la cuenta en comento, tomando como precio el valor intrínseco para la emisión de acciones, implicaría a todas luces un desacato legal, por cuanto:

1. *Si el valor intrínseco es inferior al valor nominal, se estaría contraviniendo el numeral 4o. del artículo 386 del Código de Comercio, ya que este establece que el precio de las acciones a colocarse no puede ser inferior a su valor nominal.*

2. *Si por el contrario el valor intrínseco es superior al valor nominal, se generaría una prima en colocación, lo cual origina en el patrimonio un Superávit de Capital, cambiándole la destinación a parte de dicha cuenta y por lo tanto permitiendo de esta manera que fuera susceptible de repartirse como dividendo en efectivo, hecho que no se ajusta a lo dispuesto en la norma citada, artículo 90, cuando dice que su saldo solo puede distribuirse como utilidad cuando el ente se liquide.*

Como conclusión de todo lo anterior, el precio de las acciones que sean entregadas en el proceso de capitalización de la cuenta Revalorización del Patrimonio, debe ser al valor nominal. (Oficio 34173, Julio 14 de 1995).

III - COMPETENCIA DESLEAL

1. *ELEMENTOS QUE DEBEN CONCURRIR.*

Según el profesor Henri Capitant, para que se de la competencia desleal deben concurrir los siguientes elementos:

a. *Que se trate de un acto de competencia teniendo en cuenta que ésta solamente puede darse entre dos o más comerciantes dedicados a la misma actividad y que se disputan la misma clientela.*

b. *Que el acto de competencia realizado sea indebido, es decir, contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial, o sea contrario a las costumbres mercantiles.*

c. *Que el acto de competencia indebido sea idóneo para producir un perjuicio, pues es evidente que no podrá hablarse de competencia desleal cuando un establecimiento de comercio abierto en Bogotá emplea el mismo nombre comercial de otro que funciona en Medellín. Si uno y otro son tan pequeños como para no ser conocidos plenamente ni siquiera en la ciudad en la cual se hallan localizados. En cambio, si alguien pretende abrir en su municipio un negocio que haya de identificarse con el nombre comercial que utiliza una cadena de almacenes cuyos establecimientos se encuentran dispersos a lo largo del país, sí podría hablarse de un acto de competencia desleal.*

Lo anterior permite colegir que para saber cuando un acto es idóneo para crear confusión, es necesario tomar en cuenta diversos factores de acuerdo con los cuales se llegará a la conclusión de si se justifica o no su calificación de constitutivo de competencia desleal.

Por su parte, el artículo 75 del Código de Comercio enumera varios comportamientos constitutivos de competencia desleal, los cuales pueden clasificarse así:

1. *Prácticas tendientes a crear confusión.*

2. *Maquinaciones tendientes a desviar la clientela.*

3. *Prácticas encaminadas a desorganizar los competidores.*

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

4. *Prácticas que desorganizan el mercado.*

Los actos de competencia desleal dan acción a los perjudicados para pedir su represión ante los jueces comunes, y la indemnización de perjuicios a aquellos que han sido defraudados, y por lo tanto, es el juez el único llamado a calificar si un hecho constituye o no un acto de competencia desleal.

Sea de resaltar que para que se dé competencia desleal frente a un acto determinado, deben concurrir los elementos indicados anteriormente; de consiguiente por el hecho de que un socio de una compañía mercantil constituya su propia empresa y realice directa o indirectamente actividades iguales o similares a las de la compañía, no se puede decir que indefectiblemente esté incurriendo en actos de competencia desleal.

Cosa distinta es que en los estatutos de una sociedad, se pacte la prohibición para los socios de realizar directa o indirectamente las actividades que constituyan la empresa social, caso en el cual se habrá estipulado una obligación de no hacer a cargo de los socios y en el evento de desacato a la norma contractual habrá indudablemente imcumplimiento a un contrato y por consiguiente habrá lugar para que los afectados inicien las acciones judiciales correspondientes, de acuerdo con los términos de ley.

(Oficio SL-23115, Noviembre 20 de 1989)

IV - CONSORCIOS

1. NATURALEZA JURIDICA:

Para comenzar, debe señalarse que no existe en nuestro Derecho un concepto claro y preciso acerca de la naturaleza consorcial, por lo cual a efecto de que se la pueda estudiar y analizar como una categoría nueva y diferente, resulta oportuno precisar en torno de la figura algunos puntos.

En forma general y sin pretender abarcar todo el término, puede definirse el consorcio o grupo de interés económico, como el ente mediante el cual dos o más personas naturales o jurídicas se unen, por un tiempo determinado, con miras a poner en común todos los medios necesarios y adecuados para facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros, para mejorar o acrecentar los resultados de esa actividad. Es decir, implica una concentración empresarial

dirigida a regular la actividad de cada una de las compañías consorciales, de forma tal que no se origina por la actividad particular de cada una de ellas el menor perjuicio a las otras.

El consorcio ejerce una función de coordinación o cooperación de los intereses de los miembros, por tanto, es un medio de que se valen los particulares o las entidades públicas para lograr un objetivo común de tal manera que no sustituye o reemplaza a los consorciados, pues éstos continúan actuando en la esfera de sus propias facultades.

Son características comunes de los consorcios las siguientes:

1. *Son agrupaciones de empresarios que ejercen la misma actividad económica o actividades conexas o complementarias, y tienen por objeto la ordenación de intereses comunes mediante una organización común;*

2. *Estas agrupaciones no tienen personalidad propia, habida cuenta de que cada empresa de las asociadas conservan su personalidad e independencia jurídica.*

3. *La responsabilidad de los consorcios es solidaria y mancomunada;*

4. *Las empresas se imponen recíprocamente límites y prohibiciones;*

5. *La participación puede constituir un fondo común, pero no se asimila al patrimonio autónomo de las sociedades.*

6. *Las empresas consorciadas permanecen jurídicamente autónomas, con patrimonios separados y responsabilidad propia respecto a terceros.*

El consorcio no es una sociedad mercantil ni civil, no es una sociedad irregular o de hecho, no es una asociación, tal como se encuentran definidas estas figuras en la ley colombiana; es una modalidad de contrato, no tipificado en la legislación nacional y por tanto, son contratos donde las partes gozan de una amplia libertad para determinar los efectos de dichos convenios.

Haciendo un paralelo entre unos de esos entes colectivos y el consorcio encontramos diferencias esenciales, a saber: La sociedad mercantil vr. gr. surge de un contrato celebrado por dos o más personas que se obligan a efectuar un aporte en dinero, en trabajo o en bienes apreciables en dinero, con la finalidad de

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

repartirse entre sí las utilidades que resulten de la actividad social, en tanto que, el consorcio puede constituirse por escritura pública o por documento privado celebrado entre empresarios que explotan la misma actividad económica, o actividades conexas o complementarias, sin que sea indispensable la aportación de capital y no buscando, en principio, el reparto de utilidades y ganancias.

El instrumento notarial constitutivo de una sociedad mercantil debe ser inscrito en el registro mercantil para que la misma pueda oponerse a terceros, en tanto, que el documento constitutivo del consorcio sólo deberá registrarse si con él se afecta en alguna manera la administración de las empresas que lo integran (art. 28 numeral 6o. del C. de Co.).

La sociedad legalmente constituída forma una persona jurídica diferente de sus asociados, en tanto que el consorcio no. El grupo de interés económico no es una persona jurídica y, por tanto, carece de los atributos inherentes a tal personalidad, como la capacidad jurídica, el patrimonio, el domicilio y la nacionalidad.

2. *LOS CONSORCIOS NO SON SUJETOS DE VIGILANCIA*

Entrando ahora en el tema de la competencia de la Superintendencia frente a los consorcios es preciso aclarar algunos puntos a saber:

El artículo 2 del Decreto 2155 de 1992 es muy claro al establecer que "La Superintendencia de Sociedades ejercerá la función presidencial de inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles no sometidas a la vigilancia de otras Superintendencias..."

Del artículo en mención se desprenden dos puntos de gran importancia

1. El control que ejerce esta Entidad se dirige exclusivamente a las sociedades comerciales, características que no llena el consorcio y;

2. La función va dirigida a hacer cumplir y velar porque dichas sociedades se ajusten a las leyes sobre las mismas, lo cual no puede cumplirse frente a la figura que nos ocupa, toda vez que no existe un ordenamiento legal que la regule y al cual deba ajustarse.

Por todo lo expuesto, puede concluirse que según nuestra legislación actual, el consorcio, independientemente de que en su formación participen sociedades mercantiles vigiladas, no queda bajo el control y vigilancia de este Despacho, por cuanto como se dijo, no reúne las características que deben tener los entes objeto de la vigilancia de esta Entidad.

(Oficio SL-00768, Enero 20 de 1988).

V - CONTRATO DE LEASING O ARRENDAMIENTO FINANCIERO

1. ORIGENES, NATURALEZA JURIDICA Y CLASIFICACION.

ORIGENES DEL LEASING.

El Leasing no es un mecanismo de financiación del todo novedoso, ya que se conocía desde la antigüedad. Hay quienes aseguran que la empresa Bell Telephone System, en 1877, lo practicó como se conoce al poner en explotación sus teléfonos facilitando un doble servicio; de alquiler y de servicio en sí mismo. No obstante, sólo a principios de la década de 1950, cuando su promotor D.P.Bothe Jr., gerente de una compañía de productos alimenticios de California, lo implantó como una nueva técnica de arriendo financiero, el Leasing empezó a adquirir la dimensión de importancia que hoy tiene en la economía mundial.

Fue en los Estados Unidos donde el Leasing tuvo su auge moderno, posteriormente incursiona con éxito en Europa Occidental y América Latina. Hoy se puede decir que no existe país de libre mercado que no lo aplique de alguna forma a su vida económica.

En Colombia empieza a tener aceptación oficial con la reforma tributaria de 1974, que dispone que los pagos hechos por concepto de cuotas de Leasing son ciento por ciento deducibles de impuestos. En 1975 se crean compañías dedicadas exclusivamente al Leasing.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

CONCEPTO.

Del vocablo inglés to lease que significa alquilar o arrendar, proviene la expresión Leasing, Traducida al castellano se ha conocido como "alquiler industrial", "crédito arriendo", y "arrendamiento financiero", nombre este último de gran aceptación en Colombia.

Como algunos autores se lo han propuesto, (Asociación Bancaria de Colombia, "Leasing o arrendamiento financiero", Bogotá. Edi. Presencia, 1978, pág. 12) bueno es describir los hechos que dan lugar al Leasing antes de pretender ceñirlo a una definición. Se ha de partir de la suposición de que una persona necesita crédito en beneficio de su empresa. No lo encuentra dentro de las fuentes tradicionales de financiación, por lo que acude al Leasing y da a conocer sus necesidades de adquirir maquinaria o equipo determinado. La compañía de Leasing, después de estudiar el estado financiero de este cliente, acepta proveer a esta persona de la maquinaria o equipo requerido, en orden a lo cual lo adquiere en el mercado, si no tiene. Adquirido el equipo que se ajuste a las necesidades del solicitante, lo da a éste en arrendamiento por un período de tiempo irrevocable. El precio y el plazo de este contrato se determinan de acuerdo con factores de índole fiscal, financiero y técnico. Agotado el término del contrato el cliente podrá: devolver la maquinaria o equipo; renovar el arrendamiento, ya en otras condiciones atendiendo a la depreciación sufrida por el bien; o comprar esta maquinaria o equipo, entendiéndose que se tomará en cuenta lo que se ha pagado a título de alquiler.

Como se puede observar, atendiendo a los hechos escuetos que dan lugar al Leasing, ésta es una operación compleja que toca fundamentalmente con el arrendamiento y la opción de compra al cabo de éste. Creemos acertada la definición que para el Leasing da la Asociación Española de Leasing: en su decir se trata de "una moderna fórmula de financiación que permite al empresario profesional utilizar los bienes de capital productivos necesarios mediante el pago de un alquiler con la posibilidad de adquirir su propiedad por un precio establecido de antemano". Revista Nueva Frontera, Serie Documentos, Bogotá, octubre 1985 pág. 7.

Partiendo de esta definición podemos distinguir en el Leasing elementos comunes que lo emparentan con otros contratos, pero también otros de características únicas que lo particularizan.

No nos detenemos en los primeros, a saber, la capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos, pues son tema de las obligaciones en general, consagradas en el Libro 4o. del Código Civil. En cuanto a los segundos observamos al respecto de:

1) LAS PARTES

En el contrato de Leasing la parte que llamamos Usuario, para diferenciarla de la sociedad de Leasing que presta el servicio, debe ser persona, natural, o jurídica, adscrita a una empresa o fin profesional. En estricto sentido, el usuario no puede pretender esta relación económica para satisfacer necesidades puramente vinculadas con su persona; por ejemplo, querer mediante el Leasing hacerse a una vivienda para él o su familia. No obstante nada impide que otras actividades distintas a la industrial pero con un fin profesional dado sean consideradas actividades propias del Leasing, como sería el caso de las referidas a la educación, salud, etc.

Interviene algunas veces en el contrato de Leasing el llamado proveedor, o persona que suministra a la sociedad los bienes con los que cuenta al momento de perfeccionarse el contrato. Esta persona no es parte del acto jurídico por desempeñar una actividad marginal a éste. Empero, como lo dice Rodrigo Escobar Gil, su participación de ninguna manera puede considerarse irrelevante, habida cuenta de que el proveedor responde directamente ante el usuario por la "idoneidad, calidades técnicas y condiciones de funcionamiento del equipo, tal como se enunciaron en la oferta, y por consiguiente la compañía se exonera de esta responsabilidad. Igualmente, el fabricante o distribuidor responde ante el industrial por los vicios ocultos que sufra el bien; de la misma manera, está obligado a librar al usuario de toda perturbación ilegítima en el uso y goce del equipo, imputable a un mejor derecho de tercero sobre el bien".

2) EL OBJETO DE LAS OBLIGACIONES

Por objeto de las obligaciones debe entenderse aquel bien dado en Leasing, el cual podrá ser corporal o incorporal, propio de la sociedad de Leasing o ajeno, mueble o inmueble y no fungible.

Podría pensarse que un bien ajeno no es susceptible de someterse a la opción de compra que caracteriza al Leasing. Nos apartamos de tal interpretación atendiendo a que la sociedad de Leasing se compromete personalmente a vender

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

si el usuario quiere comprar al cabo del arrendamiento; lo que supondría, en el evento de quererlo éste, de adquirir el bien que no sea de su propiedad para cumplir con su prestación. Si la sociedad de Leasing no pudiera, en últimas, adquirir este bien se colocaría en situación de incumplimiento, lo que daría lugar a las acciones pertinentes. Este comentario se ajusta a lo dispuesto en el Régimen Legal Colombiano que a diferencia de otros no consagra título que por sí mismo, sin requerir de la tradición, transfieran la propiedad; de ahí que incluso sea válida la venta de cosa ajena en Colombia, como lo dispone el artículo 1871 del Código Civil.

Se determina que el bien dado en Leasing sea de aquellos que la ley (artículo 663 del Código Civil) considera no fungible, es decir, aquellos que se consumen por su uso. La razón es evidente: los bienes susceptibles de ser arrendados deben ser duraderos.

3) LA OPCION DE COMPRA

Si bien la opción de compra no es un contrato autónomo, ya que se presenta con una obligación de hacer a cargo de la sociedad de Leasing y surgida por decisión unilateral del usuario, no es menos cierto que se traduce en la práctica en la característica más importante del Leasing.

La opción de compra es la promesa de vender el bien que hace la sociedad de Leasing al usuario, prevista la circunstancia de que éste quiera comprarlo al final del arrendamiento. Por lo tanto esta promesa debe cumplir con los requisitos que para el efecto consagran los artículos 89 de la ley 153 de 1887 y 861 del Código de Comercio.

Parte importante de esta característica es la determinación del precio por el que se compraría el bien, dado que se debe aplicar a éste lo pagado por concepto de arrendamiento. También el plazo dentro del cual pueda ejercer la opción de compra debe ser objeto de especial fijación.

4) DURACION FIJA DEL TERMINO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.

Caracteriza al Leasing, el pactarse el arrendamiento que puede dar lugar a su término a una compraventa.

Por eso mismo, la duración del arrendamiento debe ser fija, atendiendo que a su final surge la posibilidad de una nueva relación jurídica. Si este especial arrendamiento pudiera renovarse por el silencio de las partes, como sucede en otros casos, nos encontraríamos frente a la dificultad de un pacto de opción de compra inane.

2. NATURALEZA JURIDICA DEL LEASING

Son múltiples las teorías que pretenden establecer la naturaleza jurídica del Leasing identificándola con un contrato específico. Hay quienes creen que se trata de una compraventa sujeta a condición (4). Luis Martí Ragué, "El contrato de Leasing en el comercio mundial", alta dirección. No. 45, pág. 86-88, Citado por Gutiérrez Viguera.

Muchos piensan como VIDAL BLANCO, RICARDO RETTAROLI, BIBOT, CARLOS CARMONA Y SERGIO RODRIGUEZ AZUERO entre numerosos más, que el Leasing es un arrendamiento. También creen otros que se trata de un contrato de préstamo. No faltan quienes piensan que se trata de un contrato de depósito.

De nuestra parte creemos que el Leasing es un negocio jurídico complejo que se sirve fundamentalmente de conceptos que tienen que ver con el contrato de arrendamiento y el contrato de compraventa y, algunas veces con el contrato de mandato mercantil. Caso este último que se presentaría cuando, en la primera etapa del Leasing, no se ha iniciado el arrendamiento y la sociedad del Leasing decide adquirir de un proveedor el bien que requiere el usuario. Estaríamos, pues, frente a una parte que se obliga a celebrar un acto de comercio por cuenta de otra (5) Vidal Blanco Carlos, "El Leasing", Ed. Universidad... Complutense de Madrid, madrid, 1977, pág. 137.

Es un error creer que el Leasing obedece a una estructura contractual única ya conocida, Participamos de la opinión de Rodrígo Escobar Gil, op.cit., pág. 37 cuando cree que el desarrollo posterior de esta fórmula de financiación señalará los elementos estructurales que a la postre culminen en un contrato y un régimen jurídico específicos para el caso.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

CLASES DE LEASING.

Por ser el Leasing una técnica financiera conceptualmente amplia, da lugar a que se le reconozca de diversas formas, más o menos cercanas a los patrones que hemos trazado en estas notas. Los tratadistas, en su mayoría, lo subdividen en tres modelos básicos: Leasing Operativo, Financiero y Back o de Retro. Otros agregan a éstos el Leasing Inmobiliario y el Dummy Corporation o Sociedad de Paja.

1. *LEASING OPERATIVO*

También llamado "Renting" o arrendamiento industrial, lo particulariza el hecho de que la sociedad de Leasing, o arrendadora, es la dueña en todos los casos del bien dado en arrendamiento al usuario. Estos bienes, que por lo general tienen amplia demanda y son de fácil alquiler, se dan en arrendamiento adquiriendo el arrendador la obligación de prestarles mantenimiento y asistencia técnica durante el mismo. Por su parte el usuario podrá dar por terminado unilateralmente el contrato mediante preaviso al arrendador. Rara vez se pacta en este caso la opción de compra.

2. *LEASING FINANCIERO*

Obedece al modelo clásico de Leasing entre nosotros, Sergio Rolin, "el Leasing", Madrid, Ed. Pirámide S.A., 1974, pág. 12 define esta clase de Leasing en forma que, a nuestro parecer, reúne sus elementos "...financiación destinada a ofrecer a los industriales y comerciantes un medio flexible y nuevo de disponer de un bien de equipo alquilándolo en vez de comprarlo. Esta operación es realizada por Sociedades especializadas que compran el material siguiendo las especificaciones del futuro usuario, alquilándose durante un plazo convenido y mediando la percepción de un cánon fijado en el contrato y que debe reservar al arrendatario una opción de compra sobre el material al término del período inicial".

3. *LEASING BACK O DE RETRO*

Este modelo es totalmente desconocido en Colombia, se practica profusamente en los Estados Unidos. Aquí quien es dueño inicialmente del bien

objeto del arrendamiento es el usuario. Este, por razones que lo llevan a activar el capital representado en un bien de su propiedad, lo vende a una sociedad financiera para adquirirlo de inmediato en arrendamiento.

4. *LEASING INMOBILIARIO*

Esta modalidad es particularizada por el hecho de que el objeto de Leasing financiero recae en un inmueble, lo cual conlleva dificultades evidentes. En efecto, los terrenos no son amortizables y las construcciones lo son de manera excesivamente lenta. Así mismo la devaluación de la moneda en contraposición a la valorización de los terrenos plantea inconvenientes económicos al modelo clásico del Leasing. Por esto, para el caso existen múltiples y complejas técnicas, como ésta con la que nos ilustra la Asociación Bancaria de Colombia, op. cit. pág. 16."Entre las más frecuentemente usadas está el sistema por el cual se constituye una sociedad para tal fin, en la que el futuro arrendador tiene inicialmente un 90% del interés social y el futuro arrendatario tiene un 10%. Esta nueva sociedad compra el terreno aunque no es raro que lo aporte al futuro usuario, se encarga de la construcción, siguiendo las especificaciones requeridas por el cliente y cede en arrendamiento el inmueble por un período de tiempo largo. A medida que el arrendatario paga el cánon, la sociedad le va entregando en compensación el equivalente, representado en cuotas o partes de interés social, de tal manera que, al expirar el plazo del contrato de arrendamiento, el arrendatario se halle en posesión de la totalidad del interés social".

5. *DUMMY CORPORATION O SOCIEDAD DE PAJA*

Solamente conocida en los Estados Unidos, en esta variante de Leasing intervienen tres partes: unos ahorradores, un arrendatario y una sociedad constituída expresamente como intermediaria entre unos y otros.

El arrendatario es el verdadero gestor de esta sociedad de paja, pues coloca acciones en ella en el mercado con el objeto de reunir los fondos necesarios para adquirir el bien que se le dará en alquiler. Generalmente quien representa los intereses de los accionistas en la sociedad es un fideicomisario, a quien se le delega la administración de la misma.

(Oficio AN-12552, Junio 24 de 1987).

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

VI - CONTRATO DE SOCIEDAD

1. EL ANIMUS O AFFECTIO SOCIETATIS ES EL ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO

DEFINICION

El animus societatis o affectio societatis es la intención o propósito de colaboración de los asociados en la empresa común. Es un elemento esencial del contrato de sociedad sin el cual no puede hablarse de sociedad; lo más que puede formarse por las personas que exploten una misma empresa, es una simple comunidad.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 del Código de Comercio, el contrato de sociedad requiere el concurso de dos o más personas, que 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, para que la sociedad nazca a la vida jurídica como una persona moral distinta de los socios individualmente considerados.

Esa característica del contrato de sociedad hace que sea además y, fundamentalmente "un contrato de colaboración" por cuanto los socios buscan el beneficio económico, de manera conjunta o lo que es lo mismo, colectivamente, De allí que para que el contrato de sociedad tenga validez jurídica sea indispensable la preexistencia, en cada uno de los contratantes, de una voluntad o intención de contraer, es decir, de "un animus societatis o affectio societatis". De este elemento psicológico se ha dicho, que constituye la intención o propósito de colaboración, sin el cual lo más que puede formarse por varias personas que exploten una misma empresa, sea una simple comunidad. Este factor consustancial al contrato de sociedad, tiene la virtud de contribuir a su nacimiento, como persona jurídica y determina la verdadera diferencia entre la comunidad y la sociedad. De manera, pues, que dada su trascendencia en el origen mismo de la sociedad, puede ser regulado por la ley, pero no sustituido o eliminado, porque sin él no puede hablarse de sociedad, ni regular ni de hecho. En desarrollo del animus societatis, los contratantes llevan sus aportes al fondo social y cumplen las demás prestaciones necesarias para el ejercicio de la empresa u objeto social (Gabino Pinzón, Sociedades Comerciales, Vol. I. pág, 63, Ed. Temis, 1968).

Sobre este mismo elemento del contrato de sociedad, dijo la Corte Suprema de Justicia que "para calificar el contrato hay que recurrir al análisis de la intención de las partes y no estarse a lo que ellas hayan dicho, sino al conjunto de las estipulaciones, a la armonía que necesariamente debería existir entre todas ellas, a la situación que se le crea a cada una de las partes, al espíritu del contrato y demás circunstancias concomitantes y accesorias que den base para escudriñar y determinar, sin lugar a equívocos, la voluntad de los contratantes, y establecer si entre ellos hubo affectio sociatis o animus contrahendi sociatatis" (G. J. LII, No. 1981, pág. 780, fallo de noviembre 27 de 1941).

No cabe duda pues, que la ley colombiana y la jurisprudencia tienen recibido, como fundamental al contrato de sociedad, la preexistencia del animus societatis.

(Resolución número 00680, Abril 4 de 1973).

2. LA PARTICIPACION EN LAS PERDIDAS NO ES UN ELEMENTO DEL CONTRATO DE SOCIEDAD.

No obstante que el Código Civil establece como elemento esencial del contrato de sociedad la participación en las pérdidas por parte de los asociados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 del Código de Comercio, tratándose de compañías comerciales la participación en las mismas no es elemento de la esencia del contrato social, sino de la naturaleza propia del ejercicio de una actividad económica.

Se observa que el nuevo enfoque que se da a la situación en el artículo 98 del Código de Comercio, al no incluir la participación en las pérdidas como elemento del contrato de sociedad, es el más indicado por las siguientes circunstancias:

1a. En nuestro sistema jurídico, basado claramente en la separación del Derecho Civil y el Derecho Comercial, éste regula en forma especifica y especializada la formación de las sociedades mercantiles en el Libro Segundo del Código de Comercio, y como ley especial tiene aplicación preferente sobre la Ley Civil.

2a. El considerar la participación en las pérdidas como elemento esencial del contrato de sociedad es algo que contradice de manera radical el

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

concepto mismo de causa dentro del negocio societario, ya que en este caso la causa no puede ser otra que la obtención de un beneficio económico, o como afirma BRUNETTI, citando a CARNELVETI Y AULETTA" La causa del acto es el interés que el agente trata de realizar con el acto mismo. Este interés estimula la voluntad mediante un complejo psíquico que es en cierta manera la proyección sobre la pantalla mental de la situación final en la que el acto se resuelve anticipadamente a su realización. La causa está contenida, por lo tanto, en el ejercicio en común de una actividad económica para dividir las utilidades, en la comunión de fin calificada". (Brunetti Tratado de Derecho de las Sociedades. Tomo I, págs. 260-261).

3a. *Ingresar como socio o accionista de una compañía es un acto eminentemente voluntario, pues a nadie se le obliga a ello, ni menos a permanecer en sociedad por consiguiente, quien se motiva para el desarrollo de tal acto no lo hace pretendiendo una posible pérdida, sino perseverando en pos de una segura ganancia.*

De otro lado, el carácter voluntario que acarrea el asociarse por la misma motivación de las utilidades, desaparecería si se concluye la participación en las pérdidas como elemento de la esencia del mismo negocio, con el resultado de que ello generaría una consecuencia contractual similar a la situación que viven los acreedores en presencia de la quiebra de su deudor. En efecto, en este proceso los acreedores que aspiren a recuperar su crédito deben hacerse presentes en el mismo, formándose una comunidad de intereses entre ellos; pero como la totalidad de las acreencias no se pueden cubrir, se forma una comunidad de pérdidas entre los mismos. Es decir, contra su voluntad se les obliga a soportar una pérdida. En cambio, en el caso de las sociedades, se ingresa a ellas sin precisión alguna, motivados exclusivamente por el interés en las utilidades.

4a. *En el caso del socio industrial tampoco puede hablarse de una verdadera participación en las pérdidas, ya que cuando el artículo 137 del Código de Comercio establece que "habiéndose producido pérdidas el socio industrial no recibirá retribución en el respectivo ejercicio" no está diciendo que se hace cargo de una porción de la pérdida sino que corrió el riesgo por él asumido, que es el mismo de todos los demás aportantes; es decir, si no hay beneficios en el correspondiente ejercicio, nada se recibe*

Es tan cierto que las pérdidas no son de la esencia del contrato de sociedad, que su efecto puede ser limitado, o como lo afirma MERCEDES VERGES SANCHEZ en su trabajo sobre el socio industrial, cuando escribe: "El significado de la exclusión del socio industrial de las pérdidas sociales ha de verse en función del concepto de pérdidas que se mantenga. Se explica así que en la doctrina se hayan mantenido diferentes posiciones sobre el tema. Si por un lado se ha dicho que cuando se excluya al socio industrial de toda participación en las pérdidas sociales no hay tal exclusión sino simplemente una limitación, no han faltado tampoco quienes estiman que el tratamiento del socio industrial responda a la existencia de una verdadera exclusión de las pérdidas sociales. Los primeros niegan que al no percibir nada por su trabajo, el socio industrial está soportando ya una pérdida social. Los segundos, por el contrario, entienden que no puede decirse que dicho socio experimenta pérdida alguna, ni en relación con los beneficios que deja de percibir, ni en relación con el trabajo desarrollado, por el que no recibe satisfacción económica alguna.

La distinción entre el concepto de pérdidas como producción de un daño emergente y no solo de un lucro cesante, y el concepto de riesgo en cuanto referido a los casos de frustración de una mera expectativa, constituye la base fundamental de esta segunda postura, cuyo desenvolvimiento, por lo demás, resulta lógico. El socio industrial no tiene un verdadero derecho a percibir los beneficios sociales mientras éstos no existan; de ahí que la frustración de los mismos no deba considerarse como una pérdida sino como un riesgo".

5a. *No obstante que la participación en las pérdidas no es un elemento de la esencia del contrato de sociedad, tratándose de compañías en donde exista responsabilidad solidaria e ilimitada a cargo de los asociados por las operaciones sociales, la situación se modifica no porque la mencionada participación se convierta en un requisito esencial sino en razón de que esa ausencia de límites para la asunción de las pérdidas por los asociados se origina, en la naturaleza misma de esa clase de sociedades.*

(Oficio Ex-00321, Enero 23 de 1981).

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

3. *IMPOSIBILIDAD DE CONSTITUIR UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA CON UN SOCIO CAPITALISTA Y OTRO INDUSTRIAL EXCLUSIVAMENTE*

Conforme al artículo 98 del Código de Comercio, "Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero con el fin de repartirse entre si las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.

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

Como fácilmente se observa el precepto legal invocado señala los elementos esenciales del contrato que da origen a la sociedad mercantil a saber:

- *Pluralidad de personas*
- *Aportaciones que tales personas se obligan a hacer a la sociedad.*
- *Vocación para participar en las utilidades*
- *Expresa manifestación de los contratantes de querer asociarse*

Pues bien, examinemos entonces si dos personas que pretenden constituir una sociedad de responsabilidad limitada están en la posibilidad de hacerlo, con la circunstancia de que una de ellas será socio capitalista y la otra tendrá la categoría de socio industrial. Para ello, cabe hacer varias consideraciones así:

Es indudable que respecto al primer requisito exigido por la ley, aparentemente las dos personas interesadas en constituir la compañía de responsabilidad limitada, serían suficientes para darle cabal cumplimiento. No obstante, si no se pierde de vista la calidad de socio industrial que una de ellas ha de ostentar, según su voluntad, forzosamente se llegará a la conclusión de que tal pluralidad desaparece a la luz de un riguroso análisis jurídico.

Afirma el doctor BERNARDO HERRERA MOLINA, en su estudio EL APORTE DE INDUSTRIA EN LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA y sobre el tópico relativo a la posibilidad de constituir una sociedad de tal especie con un solo socio capitalista y uno o varios socios industriales que "Este tipo de conformación que la jurisprudencia y la doctrina han venido

aceptando con deplorable indiferencia, ha podido abrirse paso entre nosotros gracias a la circunstancia de no habérsele sometido jamás a un diagnóstico jurídico de fondo.

Sin mayores argumentos, frecuentemente con apoyo tan solo en la superficial consideración de que el industrial es verdadero socio, se ha llegado resignadamente a la conclusión de que es viable constituir una sociedad de responsabilidad limitada con un solo socio capitalista y uno o varios industriales, sin que se hubiera tenido la inquietud de someter la cuestión a un estudio pormenorizado.

A no dudarlo, la afirmación se apoya en la consideración de que, dado el carácter contractual que entre nosotros tiene el pacto social, que hace suponer un acuerdo de voluntades, lo indispensable para su perfeccionamiento es que existan por lo menos dos "socios" mínimo necesario para que pueda celebrarse un verdadero "acuerdo" o contrato.

Sin embargo la apreciación es inexacta, la simple circunstancia de que haya pluralidad de "socios" no es suficiente para que el contrato pueda celebrarse y subsistir como tal, sino que la verdadera condición consiste en que en todo momento la relación contractual descanse sobre dos o más "partes" hábiles para consentir, esto es, sobre una pluralidad de voluntades (no simplemente socios) capaces de dar origen a la "voluntad colectiva" sin la cual no puede sobrevivir el ente jurídico..."

En nuestro sentir, es juiciosa la crítica expuesta por el comentarista citado al analizar el aspecto de la pluralidad de partes.

Primordialmente, y sin aducir todavía el hecho de que este requisito no se da en el caso propuesto, se debe poner de relieve que tal exigencia del legislador constituye apenas uno de los requisitos consagrados en el artículo 98 del Código de Comercio para que nos encontremos ante la realidad de un contrato de sociedad, y por eso está fuera de discusión que la sola existencia de varias partes no tiene la virtud de hacerlo surgir a la vida del derecho. Esta anotación que a simple vista parecería innecesaria no lo es sin embargo, ya que no sólo sirve para evitar que en un momento determinado se crea erróneamente que el contrato de sociedad se perfecciona con la sola presencia de dos o más interesados con exclusión de los demás requisitos esenciales para su existencia legal, sino que permite establecer, en cierto modo, un criterio de separación entre el contrato y el ente societario que de él emana, Y es que, como es sabido, en Colombia se ha

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

aceptado la tesis según la cual la sociedad mercantil tiene su génesis en un contrato pero no se confunde con él. En términos más sencillos, puede expresarse que el negocio jurídico social es la causa y la compañía es el efecto producido una vez aquél sea solemnizado mediante el instrumento público correspondiente.

Las afirmaciones anteriores encuentran apoyo legal en los artículos 98 (inciso segundo) y 110 (inciso primero) del Código Mercantil.

Se impone además, hacer hincapié en otro aspecto que reviste caracteres de suma importancia relacionados con la pluralidad de partes como condición esencial del contrato de sociedad y como requisito de existencia de éste.

El presupuesto anotado, ha de estar presente desde el primer instante, pues plural debe ser el número de las personas plenamente aptas que han de expresar su voluntad de asociarse en los términos y para el fin de que trata el nombrado artículo 98 del Código de Comercio, e igualmente tal particularidad necesariamente ha de subsistir durante el lapso pactado para la duración de la compañía como quiera que constituye uno de sus elementos esenciales según se ha dicho. Recuérdese que una de las causales generales de disolución de la sociedad es, según las voces del artículo 218 (ord. 3o. C.de Co.), la reducción del número de asociados a menos del requerido en la ley (pluralidad mínima) para su formación o funcionamiento.

Ha de indagarse ahora acerca de las cualidades que deben tener los futuros socios para que su declaración de voluntad, vertida en el contrato, pueda considerarse válida. Para tal efecto, es menester acudir al artículo 101 de nuestro ordenamiento jurídico comercial en donde fueron consagrados los elementos pertinentes, que son llamados requisitos de fondo por el artículo 104 del mismo estatuto al prever que su defecto, así como los vicios que acompañen el negocio jurídico del cual la sociedad emerge, "...afectarán únicamente la relación contractual u obligación del asociado en quien concurran. Las condiciones a que alude la ley son las siguientes:

- Capacidad legal

- Consentimiento exento de error esencial, fuerza o dolo

- Licitud del objeto y de la causa de las obligaciones que contraigan las partes.

Mas no es propósito de este concepto el análisis de tales presupuestos, cuya significación jurídica es bien conocida. Por lo demás, no se está debatiendo para los fines de nuestro estudio opinión alguna sobre el particular y si se hace mención de aquellos es con el ánimo de establecer en forma concreta la posibilidad e imposibilidad de que dos personas concurran a la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada en las condiciones que se han dejado expuestas.

Obviamente, la existencia de los requisitos en cuestión, cuando se celebra el contrato de sociedad, supone que las partes tienen absoluto conocimiento de él en si mismo considerado, de la estructura jurídica sui-generis que lo diferencia de los contratos de cambio y, ante todo de las limitaciones y derechos que la ley ha fijado a los socios según su clase y la especie de sociedad a la cual van a pertenecer.

Las consideraciones precedentes explican en forma diáfana por qué los futuros asociados no han de llegar a la celebración del negocio jurídico a la manera de aventureros del derecho en busca de sorpresas legales.

En materia de limitaciones, es imprescindible tener en cuenta que el socio industrial no tiene derecho a voto en las reuniones de la junta de socios o de la asamblea. Para mayor claridad, es oportuno recordar en lo pertinente lo dispuesto en el artículo 137 del Código Mercantil. En el inciso segundo de esta disposición se lee: "El aportante de industria participará en las utilidades sociales; tendrá voz en la asamblea o en la junta de socios..."

Por ende, es perfectamente claro que si solo son dos los asociados, capitalista el uno e industrial el otro, jamás podrán constituir la junta de socios, que es el órgano supremo cuya voluntad singular no es otra cosa que la suma de las voluntades particulares de aquéllos.

Es esta inequívocamente, la razón última que permite afirmar con certeza que realmente las personas referidas, no pueden tampoco conformar la pluralidad de partes que requiere el artículo 98 del Código de Comercio.

Así las cosas, con fundamento en las razones expuestas, se obtienen las siguientes conclusiones:

a) No es posible que dos personas que deseen poseer la calidad de socio capitalista la una e industrial la otra, celebren el contrato de sociedad,

pues éste sería inexistente por falta de uno de sus elementos esenciales. (artículo 898, inciso segundo C. de Co.)

b) Como la compañía comercial requiere para su existencia que en primer término se configure el contrato del cual proviene y que se cumpla la formalidad de la escritura pública exigida por el artículo 110 del código citado, es evidente que la inexistencia del contrato trae como secuela de la sociedad; en este caso, por ausencia de uno de los requisitos esenciales comunes a los dos, cual es el de la pluralidad de partes.

Por último con el fin de que no quede la menor duda relacionada con el punto anterior, es del caso indicar que si aún en gracia de discusión se acepta que sí existe pluralidad de socios en las condiciones que se han planteado, no se puede pasar por alto el hecho de que los asociados, no podrían participar en las utilidades sociales ya que no puede constituirse el órgano social que las decrete, pues como se ha dicho, el socio industrial carece de voto.

Visto el problema desde este ángulo, forzosamente se llega al convencimiento de que en tales circunstancias faltaría otro elemento esencial del contrato de sociedad y de la compañía misma, vale decir que el derecho a participar en las precitadas utilidades se tornaría nugatorio.

(Memorando O10, Febrero 9 de 1979).

VII - CONVOCATORIA

1. ANTELACION, SENTIDO Y EFECTOS POR SU INOBSERVANCIA.

La convocatoria es un acto jurídico unilateral, lo cual significa que requiere de una manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos de derecho, tales como permitir la participación de todos los asociados en las reuniones del máximo órgano social.

Teniendo en cuenta las finalidades anteriores expuestas, la convocatoria debe cumplir ciertos requisitos a saber:

1o. Es necesario que sea realizada por quienes de acuerdo con los estatutos y la ley son competentes para ello (artículo 181 del Código de Comercio).

2o. Debe utilizarse el medio fijado en los estatutos para hacerla, o en silencio de éstos por aviso que se publicará en un diario de circulación en el domicilio principal de la sociedad (artículo 424 ibídem), el cual contendrá:

- *el lugar*
- *el día y la hora*
- *el temario que se va a tratar en la sesión (tratándose de reuniones extraordinarias).*

3o. La antelación, para el caso de las sociedades por acciones, debe ser cuando menos de 15 días hábiles, si se trata de aprobar balances de fin de ejercicio, ya que en los demás casos bastará que se realice con 5 días comunes de anticipación (articulo 424 del Código de Comercio). No sobra anotar que los términos anteriores pueden ser ampliados estatutariamente pero en ningún caso disminuidos, toda vez que son plazos mínimos.

En este orden de ideas la convocatoria tiene razón de ser en la medida en que logra las finalidades perseguidas por ella, esto es, permitir que los accionistas o socios se enteren con la debida antelación de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ha de celebrarse la reunión a fin de que puedan participar en ella, mediando claro está un conocimiento previo acerca de la marcha de los negocios sociales, que sólo se logra a través del ejercicio del Derecho de Inspección, por parte de los asociados, cuando haya lugar.

De lo anteriormente expuesto se infiere que la obligación de convocar no se agota con la sola elaboración del aviso respectivo: quienes están facultados para ello, deben poner todos los medios que estén a su alcance a efectos de lograr los fines perseguidos por la convocatoria y velar porque éstos se realicen, para lo cual deben tener en cuenta (dentro de lo previsible), las distintas eventualidades que se puedan presentar y que impidan conocer oportunamente la citación por parte de todos los asociados.

Finalmente, cabe anotar que la sanción establecida por el legislador para las decisiones adoptadas por los socios reunidos informalmente, vale

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

decir, en lugar distinto del domicilio social o sin el cumplimiento de los requisitos que la ley y los estatutos exigen en cuanto a convocatoria y quórum, es la ineficacia; salvo el caso de las reuniones universales de socios, previstas en los artículos 182 inciso 2o. y 426 del Código de Comercio.

(Oficio TR-11010, Mayo 28 de 1980).

2. *LOS ASOCIADOS NO TIENEN FACULTAD DE CONVOCAR DIRECTAMENTE A REUNIONES DEL MAXIMO ORGANO SOCIAL.*

El artículo 181 del Código de Comercio al señalar las personas facultadas para citar al Organo Rector a reuniones extraordinarias, no incluye a los asociados, sino únicamente a los administradores, al revisor fiscal si lo hubiere y a la Entidad oficial que ejerza el control sobre la sociedad.

Por su parte, conforme al artículo 182 del mismo código, los socios representantes de la cuarta parte, o más del capital social pueden solicitar a tales personas que convoquen al Máximo Organo Social, de lo cual se infiere que la citada norma expresamente concede a los socios el derecho de pedir que se efectúe la convocatoria, mas no la facultad de convocar. Entonces, se reitera que los socios como tales, no tienen en ningún caso la potestad de convocar, ya que los mismos deben valerse de las personas a que alude el articulo 181 de la obra citada.

Ahora bien, cierto es que no existe una disposición legal que expresamente prohiba a los asociados convocar directamente al Organo Social, de donde podría pensarse que en uso de la autonomía de la voluntad privada pudiera otorgarse estatutariamente dicha potestad, pero no hay que perder aquí de vista, que si la ley atribuyó expresamente a los socios la facultad de solicitar la convocatoria, debe entenderse entonces que implícitamente se está impidiendo la potestad de convocar directamente, pues de ser así no tendría justificación el hecho de que se hubiere otorgado a los socios la facultad de solicitar la tan nombrada convocatoria, y es que si un socio determinado que posea más del 25% del capital social puede citar al Organo Rector, entonces qué objeto tendría facultarlo para que solicite a las personas referidas que hagan lo que él puede hacer directamente?.

(Oficio SL-20004, Noviembre 5 de 1987)

3. *MIENTRAS NO CONCLUYA EL PROCESO SUCESORIO SE ESTA FRENTE A LA LLAMADA SUCESION ILIQUIDA, DE MANERA QUE DEBE CONVOCARSE PARA QUE CONCURRA A LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS, SEGUN EL CASO, A UNA DE LAS PERSONAS SEÑALADAS EN EL ARTICULO 378 DEL CODIGO DE COMERCIO.*

Cuando las acciones pertenecen a una sucesión ilíquida, su representación debe hacerse de acuerdo con lo ordenado al efecto por el artículo 378, inciso 3o. del Código de Comercio, según el cual, tales acciones deben ser representadas por el albacea con tenencia de bienes y para el caso en que sean varios, designarán un solo representante, salvo que uno de ellos hubiere sido autorizado por el Juez para dicho propósito. Advierte el precepto que a falta de albacea, llevará la representación la persona que elijan por mayoría de votos los sucesores reconocidos en el juicio.

De lo anterior se desprende nítidamente que mientras no concluye el proceso sucesorio respectivo, se está frente a la llamada sucesión ilíquida y es a ella y no a los herederos en particular a quien pertenecen las acciones de que fuera titular el asociado fallecido, De suerte que en tales condiciones debe convocarse para que concurra a la Asamblea General de Accionistas, según el caso, una de las personas señaladas en el artículo 378 del Código citado; si ello no ocurre así, se tiene que la convocatoria no fue hecha correctamente por ese aspecto.

Hecha la inscripción de Ley en el Libro de Registro de Accionistas (art. 406 parágrafo) y expedidos los títulos a que hubo lugar con fundamento en la sentencia de aprobación de la petición, es claro que los herederos a quienes aquéllas fueron asignadas, ostentan la calidad de accionistas y a ese título deben ser convocados para las siguientes reuniones de la Asamblea General.

(Oficio DAL-08522, Abril 25 de 1986).

VIII - COSTUMBRE MERCANTIL

1. *DIFERENCIAS CON LOS USOS Y PRACTICAS COMUNES*

Una cosa es la costumbre mercantil que es de tipo jurídico y otra diferente son los usos, costumbres y prácticas comunes que son de carácter facultativo. El autor del libro "Curso de Derecho Comercial", Isaac Halperin, enseña que el uso

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

consiste en la observancia de una regla de conducta sin conciencia de obligatoriedad. Cuando esta regla de conducta se observa con conciencia de obligatoriedad, nos hallamos frente a una costumbre común. En cambio, por práctica se entiende la conducta observada por las partes en sus relaciones precedentes (I Halperin o.c., Edic. Dyspalma, Buenos Aires, 1967, vol. I. Pág, 27). No obstante los usos, costumbres y prácticas son facultativos, porque el individuo no está sujeto a coerción. La costumbre mercantil es una conducta jurídica, vale decir, que su observancia es coercible.

La costumbre tiene fuerza de ley cuando no contraría explícita o tácitamente una norma de derecho y cuando los hechos constitutivos de la misma sean públicos (debe haber conciencia colectiva), reiterados (repetidos en forma constante) y uniformes, esto es, observados como regla obligatoria no en forma caprichosa ni fortuita, sino aplicados de un modo idéntico y uniforme, en el lugar donde surgen las relaciones que deben regularse por ella (artículo 3o. del Código de Comercio. José Ignacio Narváez, Introducción al derecho Mercantil 3a. edc,, 1976 pág. 108 y ss). Y sólo probados los hechos constitutivos de la costumbre descritos arriba por los medios previstos en la ley (artículo 189 y 190 del Código de Procedimiento Civil y artículo 6o. del Código de Comercio) estaremos frente a una costumbre mercantil local o nacional con fuerza de ley.

(Resolución OR-7668, Septiembre 14 de 1984).

IX - CUENTAS EN PARTICIPACION

1. NATURALEZA JURIDICA-CARACTERISTICAS

Conforme al artículo 507 del Código de Comercio, mediante la participación, dos o más comerciantes toman interés en una o varias operaciones de comercio determinadas, que realiza uno de ellos bajo su responsabilidad exclusiva y al amparo de su propio crédito, para repartirse entre todos la utilidad o pérdida resultante de la ejecución.

De la anterior definición podemos desglosar los siguientes aspectos, como características del contrato de cuentas en participación:

1o. Es un contrato de colaboración, en el cual pueden participar dos o más personas que ostenten la calidad de comerciantes.

2o. Está conformado por un partícipe gestor, quien ejecuta todas las operaciones; aparece frente a los terceros como dueño del negocio y responde ante ellos de manera exclusiva.

Los restantes partícipes, llamados inactivos, son pasivos en la negociación y deben permanecer ocultos, sopena de responder solidariamente con el gestor desde el momento en que sus nombres se conozcan (artículo 511 del Código de Comercio).

3o. Las operaciones mercantiles sobre las que recae, que pueden ser una o varias, deben ser determinadas.

4o. Todos los participantes deben contribuir con aportes para el negocio común, como por ejemplo: dinero, valores, inmuebles.

5o. Los partícipes deben estipular claramente en el contrato a celebrar, la proporción con la cual participarán en las ganancias o pérdidas.

Teniendo el anterior planteamiento concerniente a las características del contrato, procede analizar si dicho contrato es una sociedad o nó, entendida esta como la persona jurídica que surge de la elevación a escritura pública de un contrato de sociedad.

La Ley (artículo 509 del Estatuto Mercantil), así como la doctrina y la jurisprudencia en pronunciamientos reiterados han sostenido que el contrato de las cuentas en participación no es una sociedad; por las siguientes razones:

a) El contrato de las cuentas en participación es una forma de asociación de personas, distintas de la sociedad, porque su celebración no le da nacimiento a un ente jurídico nuevo o independiente de quienes entraron a formarla.

b) En el contrato de las cuentas en participación no se configura el nacimiento de un patrimonio común, según se infiere del artículo 509 citado. A contrario sen-su, en la sociedad los aportes que efectúan los asociados se reciben directamente por la compañía, que adquiere, por el hecho de su constitución, una personalidad jurídica y un patrimonio autónomo diferente del de los asociados.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

c) *En el contrato de las cuentas en participación no existe intención, entre los integrantes, de colaborar en la empresa común. En cambio, el animus societatis o affectio societatis es un elemento esencial del contrato de sociedad.*

Pasando al tópico de cómo se ejecutaría el contrato de las cuentas en participación, se hace necesario no perder de vista que una vez el partícipe oculto haga la aportación al gestor en la cantidad, forma y términos en que se haya acordado, el gestor tiene la obligación de llevar a feliz término la operación encomendada; empeñándose en cumplir diligentemente el contrato y rindiendo, de acuerdo con el artículo 512 ibídem, cuentas de su gestión, aclarando que al gestor le está prohibido disponer de la empresa, así sea reputado único dueño del negocio en las relaciones externas de la participación (artículo 510 ídem).

Ahora bien ***la redacción del artículo 507 ya comentado no ofrece mayor dificultad respecto a que el señalado contrato lo pueden realizar personas naturales, por consiguiente, ante la duda de si lo puede celebrar una persona jurídica, la respuesta es afirmativa, toda vez que la norma mencionada no distinguió si se trataba de unas u otras.*** *Sin embargo debe aclararse que tratándose de una sociedad comercial, ésta debe haberse constituido, con todos los requisitos legales, para desarrollar actividades mercantiles conforme a la ley, y además, de acuerdo a la exigencia contenida en el artículo 99, ejusdem, según el cual la capacidad de la sociedad se circunscribe al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto, es necesario que las operaciones a las que se contraiga el contrato de las cuentas en participación, guarde relación de medio a fin con el objeto social de la compañía.*

(Oficio 220-5051, Marzo 2 1994).

X - CUOTAS SOCIALES

1. LOS GRAVAMENES O MEDIDAS QUE AFECTEN UN BIEN DE LA SOCIEDAD, NO INCIDEN EN LAS CUOTAS REPRESENTATIVAS DEL CAPITAL SOCIAL.

El embargo es una medida cautelar decretada por el juez competente, que pone fuera de comercio un bien para que no se pueda disponer de él ni sea gravado, con el fin de asegurarle al acreedor el pago de una obligación.

Al quedar el bien por fuera del comercio, no es posible venderlo, toda vez que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1521, ordinal 3o., del Código Civil, hay objeto ilícito en tal enajenación, salvo que la venta se efectúe con la autorización del juez o que el acreedor preste su consentimiento (se subraya), según lo prevé la misma norma legal.

El embargo puede ser levantado por el juez que lo decretó, de acuerdo a las diferentes circunstancias que consagra el Código de Procedimiento Civil, como las contenidas en el artículo 687, entre otras, ocurrido lo cual el bien queda libre y puede volver a ser objeto lícito de cualquier negociación.

Es del caso observar que cualquier gravamen o medida que afecte un bien de la sociedad, no incide en las cuotas representativas del capital social pues se han de distinguir los bienes de la compañía adquiridos por ésta a cualquier título, de las cuotas mencionadas que como representativas que son del valor de los aportes efectuados por los socios, pertenecen al patrimonio de éstos.

(Oficio S-44004, Diciembre 15 de 1988)

2. PROCEDIMIENTO PARA LA CESIÓN DE CUOTAS

Sobre el particular ***este despacho, consideró en su oportunidad que el término "salvo estipulación en contrario" plasmado en el artículo 363 del código de Comercio sólo daba la posibilidad de que pudiera renunciarse en el contrato social al derecho de preferencia en la enajenación de cuotas, mas no la de que pudiera pactarse una regulación diferente,*** *afirmando en síntesis que la libertad contractual de que gozan los asociados en una sociedad limitada en relación con la materia atinente a la cesión de cuotas, consistía en renunciar en los estatutos al derecho de preferencia, pero que si se optare por la estipulación del referido derecho, debía necesariamente acogerse el procedimiento regulado en la ley, así como los términos en que éste debe cumplirse.*

Sin embargo, hoy en virtud del nuevo estudio basado en una serie de consideraciones que a continuación se resumen, se ha concluido que dada la redacción del artículo 363 del Código de Comercio, que ubica en primer lugar la voluntad de las partes, no puede restringirse por vía de interpretación la libertad contractual otorgada por el legislador.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Toda norma jurídica es una regla de conducta externa de obligatorio cumplimiento. Empero, 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 condiciones eminentemente limitada y relativa.

La primera categoría se refiere a las leyes de orden público o taxativas, que son imperativas y absolutamente obligatorias, que mandan independientemente del querer de los individuos. Tienen como finalidad principal la protección y regulación de los intereses superiores de la colectividad y no pueden, por tanto, ser modificadas ni derogadas por la voluntad de los particulares.

En tal sentido, el artículo 16 del Código Civil, textualmente dice: "No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres".

Ahora bien, a diferencia de las normas de orden público, están las de interés privado, cuyos ordenamientos tienden a que los particulares, mediante el imperio de su propia voluntad, gobiernen sus relaciones con terceros y manejen así sus bienes. Son dispositivas o supletivas de la voluntad de las personas, tienen la finalidad de proteger los intereses individuales y pueden, por tanto, ser sustituidas por la libre determinación de los particulares, ya que no afectan sino a quienes se obligan o relacionan en determinado negocio jurídico.

Al respecto, el artículo 15 del Código Civil señala: "Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren el interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia".

Dentro de esta categoría deben tenerse entonces, todas aquellas normas que regulan exclusivamente la actividad de los particulares en atención a sus propios intereses, pues éstos mientras no contraríen las normas imperativas, gozan de libertad para reglamentar contractualmente las actividades comerciales en cuanto no afecten sino esos intereses particulares, esto es, en cuanto dejen a salvo los intereses de orden público.

A esta clase de normas pertenecen aquellas que al decir del doctor ***GABINO PINZON*** *pueden proveer por vía simplemente subsidiaria o supletiva, cuando versen sobre cuestiones de aquellas en las que los particulares pueden regular sus intereses directamente por medio de pactos o acuerdos, como lo son aquellas en que se provee a falta de estipulación en contrario', como cuando se*

reglamenta la participación de los asociados en las utilidades sociales, el régimen de la administración de los distintos tipos legales de asociación, etc. Según esto, las normas supletivas constituyen reglamentaciones que no son obligatorias sino cuando no hay reglas convencionales aplicables, porque la misma ley garantiza la libertad de los particulares para regular sus propios intereses, lo cual quiere decir, a un mismo tiempo, que las normas supletivas constituyen una fuente eminentemente subsidiaria de derecho, sobre la cual prevalece la voluntad de los contratantes, siempre que se exprese validamente, esto es, con sujeción a las normas imperativas, porque éstas son las únicas que representan límites que no pueden eludirse ni modificarse contractualmente, pues en su observancia está comprometido el orden público.

Así las cosas, y dada la redacción del artículo 363 del Código de Comercio, que coloca en primer lugar la voluntad de las partes, no puede restringirse por vía de interpretación la libertad contractual otorgada por el legislador, para un acto que toca intereses meramente particulares, dándole el carácter de orden público a normas puramente supletivas, *pues como bien lo expresó el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en sentencia del 14 de diciembre de 1973, "El procedimiento para la cesión de cuotas del interés social en las sociedades de responsabilidad limitada, que rige salvo pacto social diverso, es absolutamente claro y corresponde a una secuencia que armoniza el interés del socio que proyecta su desvinculación de la sociedad, con la naturaleza de esta, el interés de la misma y el de los socios restantes, con lo cual se* ***quiere significar que predomina el procedimiento señalado en los estatutos para la cesión de cuotas y que sólo en el evento de no pactarse nada al respecto, debe necesariamente acogerse el procedimiento regulado en la ley, así como los términos en que éste debe cumplirse.***

De lo dicho se concluye en síntesis que el artículo 363 ibídem, es una norma de orden privado ya que tiene la finalidad de proteger intereses individuales por lo cual la reglamentación en el establecida, puede ser reemplazada por la libre determinación de los particulares, como efectivamente se prescribe de manera razonable al señalar que se puede pactar lo contrario, lo cual quiere decir que no solamente puede excluirse el derecho de preferencia, sino estipular estatutariamente un procedimiento distinto al indicado en dicha disposición, con tal que no sea contrario a la ley, en especial al derecho de cesión previsto en el artículo 362 del mismo Código, según el cual ningún asociado puede quedar obligado contra su voluntad, a permanecer vinculado a la sociedad.
(Memorando 100-185, Mayo 25 de 1994 División de Liquidación).

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

3. *EXCLUSION DE SOCIOS POR IMPOSIBILIDAD DE CEDER SUS CUOTAS*

Concretamente, radica el punto en definir si para llegar a tomar la determinación de disolver la sociedad o excluir al socio que ha fracasado en su intento de desvincularse de la compañía, es preciso que se haya presentado antes un tercero interesado en la adquisición de las mismas cuyo ingreso no se hubiere aceptado.

Esta etapa del procedimiento contenida en el artículo 365 del Código de Comercio, parte del supuesto que los demás socios no tengan interés en adquirir las cuotas que en ejercicio del derecho de preferencia establecido en su favor les correspondería y de que no se obtenga la mayoría prevista para el ingreso de un extraño, contempla adicionalmente otra prerrogativa también en favor suyo cual es la de permitirles decidir sobre la aceptación o rechazo del eventual tercero interesado en la adquisición de las cuotas que pueda ser presentado por el cedente, si previamente ha convenido con él las condiciones de la oferta.

En este punto, debe precisarse que ciertamente la norma no le impone al presunto cedente la obligación de presentar necesariamente un candidato dispuesto a adquirir sus cuotas como condición para poder efectuar la oferta, pues entre otros no se compadecería con el derecho que la Ley le otorga en los términos del artículo 362 del Código de Comercio de desvincularse de la sociedad, el fijarle una carga adicional, que en un momento dado sería imposible de cumplir haciendo nugatorio el derecho referido; se trata simplemente de una potestad que al socio le asiste, de presentar subsidiariamente, es decir en defecto de sus consocios, una persona extraña interesada en comprar las cuotas en las condiciones fijadas en la oferta y cuyo ingreso a la sociedad en todo caso está supeditado a la voluntad del máximo órgano social, hecho este con el cual se busca además facilitar que la cesión finalmente se lleve a cabo.

Ahora bien, el presupuesto consistente en la no obtención de la "autorización de la mayoría prevista para el ingreso de un extraño", no supone la necesidad de que deba presentarse un tercero respecto del cual la junta de socios imperiosamente deba manifestar su rechazo, ya que al no exigirlo así dicha disposición ni inferirse de ella, no es viable establecerlo por vía interpretativa, dado el principio de hermenéutica según el cual donde la Ley no distingue no es dable hacerlo al intérprete. Por ello dicho presupuesto ocurre no solo cuando el órgano rector claramente expresa su rechazo a un tercero determinado, sino también cuando tal manifestación no se da, simplemente por el hecho de no

presentarse a consideración un tercero en razón de haber agotado el oferente los medios para conseguirlo y no haberlo logrado.

En síntesis el procedimiento que consagra el artículo 365 del Código de Comercio, no se altera por el hecho de haberse pretermitido la presentación de un tercero interesado en las cuotas y su consiguiente rechazo, siempre que cada una de las partes haya tenido la oportunidad dentro del término establecido de ejercer el derecho que le corresponda lo que equivale a agotar la instancia pertinente. Por tanto es preciso concluir que si una vez agotados los mecanismos que la ley establece al efecto, el socio no ha logrado su propósito de desvincularse de la sociedad por imposibilidad de perfeccionar la cesión, bien puede la Junta de Socios excluirlo a menos que opte por la disolución de la sociedad, pues de lo contrario se llegaría al absurdo de obligar al socio a permanecer indefinidamente atado y contra su voluntad a la sociedad, violando además del artículo 362 antes citado, el derecho constitucional de la libre asociación.

(Oficio 220-10149, Marzo 30 de 1993).

4. *SU TRANSFERENCIA CON OCASION DE UNA ADJUDICACION NO CONSTITUYE REFORMA ESTATUTARIA.*

Conviene precisar que la transferencia de cuotas sociales en una compañía de responsabilidad limitada, realmente sólo se puede llevar a cabo a través de dos formas distintas como lo veremos a continuación, cuales son la cesión y la adjudicación.

La cesión es una modalidad de negocio jurídico de disposición a través del cual se transmite la propiedad y como tal se caracteriza por poseer los elementos de todo negocio jurídico como son, la manifestación de la voluntad y el objeto específico a que dicha voluntad se encamina, cual es la de producir efectos jurídicos; vale decir, a crear, modificar o extinguir relaciones de diferente índole. Como características del prenombrado fenómeno jurídico encontramos:

1, *No es propiamente un contrato, pero si es causa o consecuencia de uno.*

2. *Se origina en un negocio jurídico, el cual puede ser solemne.*

3. *Puede realizarse a diferentes títulos.*

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

4. *Recae sobre cualquier clase de bienes.*

5. *Le son aplicables las reglas generales de los demás negocios jurídicos.*

6. *Según la naturaleza del negocio del que se origine, en algunos casos las partes pueden reglamentarlo.*

La Cesión como negocio jurídico presupone el traspaso o transmisión del bien sobre el cual recae, en virtud del acuerdo de voluntades al que directa y reflexiblemente llegan los contratantes; siendo precisamente este acuerdo es decir esa clara manifestación de voluntad de una de las partes de ceder un determinado bien y de la otra, de aceptar dicha cesión, una de las características especiales de la cesión. En este negocio jurídico, el cesionario sustituye al cedente en la titularidad del bien gracias a la libre, directa y espontánea voluntad tanto del uno como del otro, de manera que es la cesión un negocio que básicamente tiene su origen en la voluntad de los contratantes.

Es de resaltar que la cesión constituye una forma de adquirir el dominio ya que en el fondo implica una tradición y como tal admite varias modalidades a través de las cuales se pueden llevar a cabo como serían la compraventa, la permuta, la donación, etc.,

Por su parte, la adjudicación es otra forma de adquirir la propiedad, la cual surge en virtud de un mandato legal y como consecuencia de un proceso judicial o privado en que no media el acuerdo de voluntades entre el anterior titular y el adjudicatario, por cuanto la misma se origina ya no en un acto o negocio jurídico como es la muerte o la liquidación, y por lo tanto, la sustitución que se produce en la titularidad del bien no obedece a un acuerdo directo de las voluntades de aquéllos.

De acuerdo con lo anterior, la adjudicación se caracteriza principalmente por lo siguiente:

1. *Opera por disposición de la ley previo el cumplimiento de las disposiciones legales, requiriéndose de un proceso judicial o privado.*

2. *Se origina en un hecho jurídico.*

3. *Es ajena a la voluntad de las partes.*

4 *Está sometida a las reglas de derecho común.*

En ese orden de ideas, podemos afirmar que tales fenómenos jurídicos en razón a su naturaleza y de la forma como se produce el cambio de la titularidad de los bienes, son distintos, pudiéndose realizar de diferentes maneras y que dependiendo de su finalidad, existe una variedad de solemnidades o requisitos contemplados en la ley, que son los que a la postre determinan el régimen jurídico aplicable.

Visto entonces que la transferencia de cuotas sociales puede obedecer bien a una cesión o bien a una adjudicación, se concluye en primer término que en virtud del artículo 362 de la codificación mercantil no es posible afirmar que toda transferencia implique una reforma estatutaria por la sencilla razón de que el tenor literal de la norma legal invocada es claro en el sentido de que dicha reforma solo se produce tratándose de cesión y no de otro fenómeno jurídico, como es el caso de la adjudicación.

Tampoco puede pensarse que por el hecho de presentarse una modificación en la composición del capital social con ocasión de una adjudicación de cuotas, deba llevarse a cabo una reforma estatutaria, en razón a las siguientes consideraciones.

La noción de reforma estatutaria nos permite establecer si frente a una circunstancia como la adjudicación se estaría ante un acto jurídico como es la reforma, siendo necesario entonces determinar los elementos que contribuyen a conformar dicha noción en orden a establecer el alcance de la misma; tales elementos a nuestro modo de ver son:

1. *El referente al origen de la modificación, encontrándonos que toda reforma debe tenerlo en la voluntad colectiva del máximo órgano social, pues es en dicho órgano donde legalmente radica en forma privativa e indelegable la facultad de reformar los estatutos sociales, ya que siendo la voluntad de los asociados de donde emanan los estatutos sociales cuando se celebra el contrato social, resulta lógico que sea de ellos reunidos en junta o asamblea general de donde emanen igualmente las modificaciones a dicho estatuto.*

2. *El referente a la consecuencia inmediata de la reforma cual es que con ocasión de la misma se produzca la modificación, alteración o adición de uno o más de los textos que conforman el estatuto social.*

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Ahora bien, para que se de la noción de reforma es preciso que concurran simultáneamente los elementos que la conforman, pues la presencia de uno solo de ellos desfiguraría la adecuación del objeto de la definición dentro del contexto de aquélla, de manera que para que un acto determinado pueda considerarse reforma estatutaria es necesario que reúna todos los elementos que configuran precisamente dicha noción, de suerte que no es suficiente que el acto jurídico pertinente solamente conlleve una modificación, alteración o adición de uno o más textos estatutarios, sino que es necesario además que el mismo surja o deba surgir de la voluntad del máximo órgano social.

En el caso de la adjudicación, si bien es cierto que cuando ésta versa sobre partes alícuotas del capital social de una compañía limitada implica una modificación en la cláusula estatutaria contentiva de la composición de dicho capital, cumpliéndose así uno de los elementos de que se trató, también lo es que la misma no tiene su origen en la voluntad social expresada a través del órgano rector, por lo cual al carecer del otro elemento señalado, no reuniría las condiciones necesarias para considerarse reforma estatutaria.

En efecto, como dijimos, la adjudicación surge de un hecho jurídico que le da origen, es decir es el hecho de la muerte o la liquidación de la sociedad mercantil o de la sociedad conyugal el que da lugar a determinadas consecuencias jurídicas como es la mutación en la titularidad de los bienes objeto de la adjudicación siendo ajena siempre a esta circunstancia la voluntad del máximo órgano social, cuando entre tales bienes figuran cuotas sociales de una sociedad limitada.

Finalmente, por el hecho de que la adjudicación conlleve eventualmente el ingreso como socio de un tercero, tampoco puede afirmarse que aquella implique una reforma, si tenemos en cuenta que la inclusión de un nuevo socio debe ir aparejada de otro acto jurídico que la haga posible como sería el aumento de capital, la cesión de cuotas o la adjudicación, por lo cual el ingreso por sí mismo no es reforma ya que obedece a un acto previo que constituye la causa de donde se deriva precisamente dicho ingreso.

En consecuencia, y de acuerdo con lo expuesto es dable afirmar que la transferencia de cuotas sociales con ocasión de una adjudicación de las mismas, no constituye reforma estatutaria y para que la misma tenga plena operancia basta que en el Registro Mercantil se inscriba el acta de liquidación, cuando aquélla se derive de la liquidación de una sociedad, conforme a los artículos 247 del Código de Comercio y 643 del Código de Procedimiento Civil o de la sentencia de

partición, o del acto contentivo de la adjudicación, tratándose de la sucesión por causa de muerte o de la liquidación de sociedad conyugal, al tenor del numeral 7 del artículo 611 del Código de Procedimiento citado y del numeral 5 del artículo 1820 del Código Civil, todo ello sin perjuicio de la obligación de protocolizar en una notaría y mediante escritura pública los documentos señalados.

(Oficio S-43965, Diciembre 14 de 1988)

5. *READQUISICION DE CUOTAS EN SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA*

En nuestra legislación mercantil, ***la figura jurídica de la readquisición de acciones solo se encuentra consagrada de manera expresa en el régimen que gobierna las sociedades anónimas,*** *(artículo 396 del Código de Comercio).*

Es a través de dicha figura como la sociedad adquiere el dominio de las acciones que ella emitió y que por el hecho de su constitución o en virtud de una colocación o capitalización de utilidades, se hallan en poder de sus accionistas.

En efecto, el artículo 396 citado, se refiere de una manera nítida a la mencionada figura y consagra los requisitos a cumplir para que ella produzca sus efectos. Dice el artículo en comento que "La sociedad anónima no podrá readquirir sus propias acciones, sino por decisión de la asamblea con el voto favorable de no menos del 70% de las acciones suscritas. Para realizar dicha operación empleará fondos tomados de las utilidades líquidas requiriéndose además, que dichas acciones se hallen totalmente liberadas. Mientras estas acciones pertenezcan a la sociedad, quedarán en suspenso los derechos inherentes a las mismas. La enajenación de las acciones readquiridas se hará en la forma indicada para la colocación de acciones en reserva".

Consecuente con lo anotado y ***después de analizar las disposiciones legales respectivas, esta Superintendencia ha venido considerando que de conformidad con el artículo 372 en concordancia con el 396 del Código de Comercio y, por no existir una norma legal que expresamente lo prohiba, es posible para las sociedades de responsabilidad limitada, la adquisición de sus propias cuotas,*** *siempre y cuando ésta se realice en las condiciones previstas en el citado artículo 396, toda vez que la aludida figura no tiene regulación legal en las normas que rigen las compañías limitadas.*

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Ahora bien, tenemos entonces que del estudio del artículo 396 ibídem, se deduce que la validez de la readquisición de cuotas sociales se encuentra condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos a saber:

a.- *Que sea el resultado de una determinación expresa de la junta de socios adoptada por una mayoría conformada por el 70% del capital social por disposición analógica del artículo 396 citado. Dicha decisión obviamente conllevaría la referente a la aprobación de la cesión de cuotas que a favor de la compañía implicaría tal readquisición.*

Una vez adoptada la decisión señalada, corresponde al representante legal acordar con el socio o socios que pretendan vender sus cuotas, los términos de la negociación.

b.- *Que la sociedad pague las cuotas con fondos tomados de las utilidades líquidas, pues si la compra no se efectúa con tales utilidades, se estaría haciendo prácticamente una disminución del capital, con lo cual los terceros correrían el riesgo de ver afectados sus intereses económicos.*

c.- *Si bien no se aplica en este caso, es oportuno anotar que en las sociedades anónimas, existe un punto de obligatorio cumplimiento, cual es que las acciones objeto de la readquisición se encuentren totalmente liberadas, requisito que se da por descontado en las sociedades limitadas, por cuanto bien sabido es, que el capital social en este tipo de sociedades debe pagarse íntegramente en el momento de su constitución o al solemnizarse cualquier aumento del mismo (artículo 354 del Código de Comercio).*

d.- *Mientras las cuotas readquiridas pertenezcan a la sociedad, y con las mismas no se adopte algunas de las medidas previstas en el artículo 417 ibídem, quedarán en suspenso todos los derechos inherentes a ellas. Por tanto, no podrán ejercerse ninguna de las atribuciones señaladas para el titular de las cuotas sociales y en consecuencia, el número de cuotas que queden en poder de los socios es el que debe tomarse como base para determinar el quórum tanto deliberativo como decisorio, ya que al encontrarse en suspenso todos los derechos de las cuotas readquiridas por expreso mandato legal, las mismas no pueden tomarse como determinantes para establecer los referidos quórums.*

En este orden de ideas, ***se reitera que es posible llevar a cabo la readquisición de cuotas en una sociedad de responsabilidad limitada, siempre que además de lo anterior se verifique que después de readquirir la compañía un número determinado de ellas, quede una pluralidad de asociados en pleno ejercicio de los derechos que les concede el ser titular de las cuotas, pues de lo contrario se haría inoperante el funcionamiento de la junta de socios, órgano motriz del ente societario, evento que se daría en el caso en que la sociedad esté compuesta por dos socios y las cuotas de uno de ellos sean readquiridas por la compañía.***

Además es de señalar que en ese evento al asumir la sociedad la titularidad de parte de las cuotas sociales, la misma quedaría con un solo socio, por la elemental razón de que ella no podría ser socia de si misma, con lo cual se daría la causal de disolución prevista en el numeral 3 del artículo 218 del Código de Comercio, consistente en la reducción del número de asociados a menos del requerido en la ley para su formación o funcionamiento y procedería dar cumplimiento a lo estipulado en el artículo 220 del estatuto mercantil.

(Oficio 220-18339 , Agosto 13 de 1993).

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

DOCTRINAS Y CONCEPTOS JURIDICOS 1995

CAPITULO III

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

I - DERECHO DE INSPECCION

1. ALCANCE EN LAS SOCIEDADES ANONIMAS

El ejercicio del derecho de inspección puede versar no solamente sobre libros y comprobantes de contabilidad, sino también sobre los demás papeles sociales incluido el registro de accionistas.

El derecho de inspección (o derecho de fiscalización individual, como también se le denomina) pertenece a la categoría de los inderogables en materia de sociedades anónimas. Se trata de un derecho esencial del asociado pero no por ello se puede afirmar que tiene carácter absoluto frente a las compañías citadas; la ley (Código de Comercio, artículos 379, numeral 4 y 447) le señala contornos temporales y de contenido.

Estima esta superintendencia que lo fundamental a dilucidar es lo relacionado con el contenido de ese derecho, o para el caso concreto, cuáles son aquellos "libros y papeles sociales" y "los libros y demás comprobantes exigidos por la ley" aludidos en las disposiciones legales citadas.

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.

De ahí que no todos los documentos vinculados con las operaciones y negocios deben ponerse a disposición de los accionistas y si se tratan de libros de contabilidad es indudable que el libro de registro de acciones técnicamente no puede considerarse pieza contable. Pero el legislador no lo ha excluido expresamente de los que pueden ser objeto de la inspección previa a la asamblea.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Por otra parte, reducir la materia prima sobre la cual debe 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 de la obra mercantil citada 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.

No es procedente atribuir al libro de registro de acciones funciones "eminentemente jurídicas" como si los demás no la pudieran tener eventualmente.

Igualmente la circunstancia de tratarse de una sociedad anónima no puede privar al accionista (recuérdese aquí que el derecho de inspección es un derecho individual e inherente a la condición de tal) de la posibilidad de conocer quiénes son los actuales titulares de acciones de la compañía y de qué manera evolucionan o se comportan en el mercado las acciones de las que es titular.

El legislador ha establecido normas relacionadas con las acciones (Vgr. el libro mismo, expedición de títulos, propiedad, gravámenes, derecho de preferencia en la suscripción), normas de cuyo cumplimiento regular el accionista de modo individual puede verificar. Sólo así - y en las precisas oportunidades que la ley y los estatutos señalan - el accionista puede tener conocimiento de la extensión e intensidad de su inversión.

En suma, el libro de registro de acciones, precisamente por no contener información que por su acceso libre pudiere poner en peligro la estabilidad de la empresa mediante la imposición de los secretos ya aludidos, no ha sido excluido expresamente como pieza revisable por los accionistas al ejercer su derecho de inspección y no es lícito al intérprete excluirlo. Además los datos e informes que obliga el artículo 446 del Código de Comercio deben presentarse a la asamblea conjuntamente con el balance de fin de ejercicio y en lo tocante con el derecho esencial, individual e inderogable que la ley (op.cit. artículo 379 numeral 4) le concede a los accionistas se concreta en el artículo 447 de la misma obra, disposición que debe vincularse necesariamente con las demás normas (artículo 26, Código Civil y 49, 61, inciso 2o. 195, inciso 2o del Código de Comercio).

2. *APLICACION DEL ARTICULO 379 NUMERAL 4 DEL CODIGO DE COMERCIO.*

No existe disposición alguna en el Código de Comercio que otorgue a los accionistas ni a los miembros de la Junta directiva derecho a inspeccionar las instalaciones de la compañía, pero es dable pactar tal posibilidad en el estatuto social en cuyo caso, como es obvio, se estará a lo estipulado en tal sentido, con fundamento en que el contrato constituye ley para las partes mientras no contravenga las normas legales.

Cabe señalar a este propósito que nuestro legislador asignó al revisor fiscal, entre otras, la función de inspeccionar asiduamente los bienes de la sociedad y procurar que se tomen las medidas de conservación y seguridad de los mismos y de los que ella tenga en custodia a cualquier otro título (Art. 207, numeral 5o C. de Co.).

De otra parte, en armonía con la atribución antedicha, el revisor fiscal debe poner en conocimiento de la asamblea general de accionistas, mediante el informe a que lo obliga el artículo 209 del Código citado, "si hay y son adecuadas las medidas del control interno, de conservación y custodia de los bienes de la sociedad o de terceros que estén en poder de la compañía", según lo ordena el numeral 3o. de la norma invocada, con lo cual se buscó que los asociados se enteren de tales tópicos y, si es del caso, que el máximo órgano social adopte las medidas a que haya lugar.

En cuanto a los libros y papeles sociales a que alude el artículo 379 - numeral 4o - para los efectos del ejercicio del derecho de inspección es oportuno señalar que el radio de acción de éste con respecto a aquéllos, se circunscribe a las piezas siguientes:

a) Libros de contabilidad con los comprobantes y documentos que justifiquen los asientos consignados en los mismos.

b) La correspondencia que la sociedad dirija y la que reciba con ocasión de los negocios sociales como quiera que forma parte de los papeles del comerciante. No se incluyen aquí aquellos documentos contentivos de cuestiones que por su naturaleza son reservados, y por ende, su conocimiento es privativo de los administradores. Por ejemplo, los relativos a <u>secretos y procedimientos industriales.</u>

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

c) Los documentos que señalan los artículos 446 y 291 del Código de Comercio.

d) El libro de actas de la asamblea general de accionistas.

e) Respecto al libro de actas de Junta directiva, considera este Despacho que también debe ser puesto a disposición de los asociados para los fines del ejercicio del derecho de inspección, ya que no ha sido expresamente excluido por la ley (Art. 447 C. de Co.) y, en todo caso, da la oportunidad de conocer la forma como se ha adelantado la gestión social.

f) El libro de registro de accionistas.

(Oficio OA/07952 de Mayo 17 de 1979)

3. A PESAR DE QUE EN LOS ESTATUTOS DE UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA SE HAYA DELEGADO LA ADMINISTRACION DE LA COMPAÑIA EN UN GERENTE, LOS ASOCIADOS PUEDEN EJERCER ESE DERECHO EN CUALQUIER TIEMPO

En las sociedades de responsabilidad limitada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 369 del Código de Comercio, a los socios se les permite ejercitar 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. Este derecho consiste en la facultad que le asiste al asociado de examinar personalmente o mediante apoderado los libros y demás comprobantes de la sociedad, de manera que pueda enterarse debidamente sobre el estado de los bienes de la Empresa, la marcha como los administradores han cumplido su mandato.

Desde luego que se trata de una labor de fiscalización con finalidades puramente informativas pues las atribuciones del socio no incluyen la facultad de hacer anotaciones de ninguna clase sobre los documentos facilitados, tampoco la de difundir las reservas que deben amparar a ciertos secretos técnicos, industriales o de política comercial cuya divulgación pudiera perjudicar a la sociedad, ni la de entorpecer la marcha administrativa trazada por la gerencia.

Ahora bien, como lo ha sostenido esta Superintendencia en anteriores oportunidades, el Artículo 369 nombrado, consagra el derecho comentado sin restricción alguna, por lo menos en lo que a tres aspectos se refiere, a saber:

a- En cuanto al 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 puede 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.

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 ni mucho menos desconocido o vulnerado, ni siquiera mediante estipulaciones estatutarias, pues como lo señaló esta Entidad en la Resolución SL-09263 del 16 de septiembre de 1987, "Dada la connotación del derecho en estudio, el mismo no es susceptible de ser desmembrado, ni mucho menos desconocido por convenios particulares en razón al carácter estricto del precepto legal que lo consagra".

Así las cosas, la forma que se hubiere acogido en el contrato social para el ejercicio de la administración y representación legal del ente societario, no tiene incidencia en lo que al derecho de inspección se refiere de manera que así todos los socios se hayan reservado para sí dicha administración y representación o la hayan delegado en un gerente, los asociados pueden ejercer el anotado derecho en los términos señalados en el artículo 369 citado, no siendo dable entonces limitarlo de alguna forma como por ejemplo circunscribiéndolo a los quince (15) días hábiles previos a la reunión en que vayan a ser considerados los balances de fin de ejercicio.

(Oficio SL-34509 agosto 24, 1988)

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

4. DE LAS ACTAS Y SUS COPIAS

Sentada el acta en el libro respectivo, los accionistas sólo pueden enterarse de su contenido en los lapsos preestablecidos para ejercer el derecho de inspección, a menos que el interesado promueva la acción de exhibición.

1. En cuanto a la lista de accionistas que concurren a una asamblea cabe distinguir dos situaciones distintas: a) La que se presenta en el momento de verificar la asistencia de los accionistas o la representación de quienes dejan de concurrir personalmente, en la que todos los accionistas pueden objetar los poderes que consideren viciados por motivos legales. Esto significa que en esa oportunidad los accionistas o quienes lo representen tienen libre acceso a la lista de accionistas y a los documentos en donde consten los respectivos poderes de los ausentes, en orden a determinar que la conformación del quórum sea inobjetable b) La otra situación acontece cuando ha transcurrido la asamblea pues esa lista forma parte del acta en que se recogen los hechos sucedidos en la reunión. Una vez sentada el acta en el libro respectivo, los accionistas sólo pueden enterarse de su contenido en los lapsos previstos en la ley y en los estatutos para el ejercicio del derecho de inspección.

2. Un miembro de la comisión designada para estudiar el acta e impartirle su aprobación, está respaldado plenamente en la ley para exigir que se le suministre el anteproyecto de ella "in integrum", es decir, con su contenido completo, sin omisión de ninguna de sus partes, pues es el medio expedito para verificar, si el texto refleja con exactitud lo acaecido en la reunión. De no ser así, se le privaría de elementos de juicio indispensables para cumplir el encargo que la Asamblea le encomendó. Estima la superintendencia que la comisión designada con tal fin puede cotejar el proyecto de acta con los documentos que en ella se mencionen para comprobar su fidelidad. Desde luego, la comisión no puede desbordar los límites de sus tareas, ya que su responsabilidad no va más allá de procurar la exacta correspondencia entre el contenido del acta y los hechos sucedidos en la respectiva reunión, cuya autenticidad respaldan con su firma. Al respecto es pertinente recordar lo prescrito en el artículo 431 del Código de Comercio.

Ahora bien, si la Asamblea adoptó decisiones con violación de la ley o de los estatutos, los comisionados no pueden negarse a aprobar el acta so pretexto de tales infracciones reales o presuntas, puesto que la ley consagra acciones de impugnación de las mencionadas decisiones con perfiles, trámites y consecuencias claramente especificadas.

3. Lo expresado en el punto inmediatamente anterior implica que los demás miembros de la comisión tienen derecho a exigir sendas copias completas del texto integro del acta que aprueban y suscriben.

Si un accionista desea obtener copia de cualquier documento de la sociedad, ha de dirigir su solicitud a los administradores. Y si estos no acceden a expedirla, la ley brinda la posibilidad de acudir a la acción de exhibición, regulada en los artículos 65 y siguientes del Código de Comercio".

(Oficio No. 06833 de 3 de mayo de 1977).

5. EL DERECHO DE INSPECCION ES SOBRE TODOS LOS LIBROS Y DOCUMENTOS DE LA COMPAÑIA, MAS NO SOBRE LAS ACTIVIDADES, OPERACIONES Y NEGOCIOS DEL ENTE SOCIETARIO.

El derecho de inspección o de fiscalización individual como también se le denomina, es un derecho de especialísima importancia para la buena marcha de toda sociedad comercial; todo socio, por el hecho de hacer su respectivo aporte de capital adquiere tal calidad y con ella uno de los derechos inderogables, innegables e inherentes a la misma, cual es el de intervenir en alguna forma en la gestión de los negocios sociales, mediante una simple inspección que le permita apreciar objetivamente la actividad de los administradores y las circunstancias en las cuales se ejecute el contrato de sociedad.

Esta fiscalización individual, anota el doctor Narváez, en su obra "TEORIA GENERAL DE LAS SOCIEDADES", "se traduce en el ejercicio de uno de los derechos esenciales e intangibles que confiere la calidad de socio (status socii) consistente en la facultad de examinar los libros y papeles de la sociedad con miras a enterarse de la situación del patrimonio social y de la forma como se maneja y a obtener información acerca de los negocios y actividades de la compañía"

El derecho de inspección no es susceptible de ser desconocido o limitado estatutariamente, pues es claro el tenor literal del artículo 369 del Código de Comercio al establecer tal derecho sin sujeción a circunstancia alguna y más bien, por el contrario, consagra expresamente la libertad para el socio de escoger el momento de su ejercicio, así como es suya la decisión de señalar si lo hace personalmente o por conducto de un representante y en este último caso, la de indicar quien habrá de representarlo. Esta regulación, si bien es cierto es amplia

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

en su concepción, está acorde con la naturaleza jurídica de este tipo societario al cual no se le puede negar el carácter intuitu personae que reviste ciertos aspectos de su régimen.

Así las cosas, aún cuando la sociedad tenga revisor fiscal, es legalmente posible que el socio designe a un representante para que en su nombre ejerza permanentemente el derecho en cuestión, pero hay que hacer la salvedad de que, como quedó visto, tal derecho recae sobre la contabilidad de la sociedad, los libros de registro de socios y de actas y en general sobre todos los documentos de la sociedad, según lo prescribe el citado artículo 369, de manera que el derecho aludido implica en términos generales el de revisar todos los libros y documentos de la compañía, pero no el de fiscalizar propia y directamente las actividades, operaciones o negocios del ente societario.

(Oficio SL-04424, abril 7 de 1988).

6. *POR EL HECHO DE QUE UN SOCIO DE UNA COMPAÑIA LIMITADA FORME PARTE DE OTRA U OTRAS QUE TENGAN UN OBJETO SOCIAL IGUAL O SIMILAR, NO PUEDE IMPEDIRSELE O LIMITARSELE EL DERECHO DE INSPECCION.*

De conformidad con las normas que regulan la formación y funcionamiento de las sociedades limitadas, no existe disposición legal alguna que impida a los socios de este tipo de compañías formar parte de sociedades que tengan un objeto igual o similar, a diferencia de lo que sucede en las sociedades colectivas, en las cuales si existe la prohibición expresada contenida en el artículo 296 del Código de Comercio, en virtud de la cual los socios deben abstenerse de realizar ese tipo de actuaciones, pero por ser la norma legal citada de carácter restrictivo u odioso no se puede extender por analogía a casos no contemplados en ella.

Ahora bien, en cuanto al derecho de inspección, éste se halla consagrado en la sociedad limitada en una forma amplia, de manera que los asociados tienen la potestad de inspeccionar en cualquier tiempo, por sí o por medio de representante, la contabilidad, los libros de registro de socios y de actas y en general todos los documentos de la compañía, no permitiendo la ley ninguna limitación a este derecho, por lo cual, bajo ninguna circunstancia puede impedírsele al socio su libre ejercicio (artículo 369 del Estatuto de Comercio).

Siendo así las cosas, por el hecho de que un socio de una compañía limitada forme parte de otra u otras que tengan objeto social igual o similar, no es posible impedírsele o limitársele el derecho de inspección.

Sea del caso resaltar que la legislación mercantil contempla tal limitante, pero su aplicación está dirigida únicamente a las sociedades en comandita, respecto al socio comanditario que tenga un establecimiento dedicado a las mismas actividades del establecimiento de la sociedad, o si forma parte de una compañía dedicada a las mismas actividades (artículo 329 ídem).

(Oficio SL-22152 Dic. 28 de 1987).

7. *RENUNCIA A LOS DERECHOS DE ACCIONISTA*

En lo que respecta a la renuncia que hacen los accionistas a ser citados conforme a la ley y a los estatutos, y a inspeccionar los libros y demás documentos de la compañía es menester aclarar lo siguiente:

Existe una clara diferencia entre los conceptos de derecho y deber. El primero de ellos, permite su renuncia siempre y cuando solo mire "Al interés individual del renunciante y que no esté prohibida la renuncia". (artículo 15 del C.C.).

El segundo, "a contrario sensu", no acepta renuncia, por cuanto no es viable tal acto en las obligaciones, si no en los derechos; en otras palabras, se renuncian derechos, mas no obligaciones.

En este orden de ideas el accionista puede renunciar a los derechos inherentes a su calidad de socio, los cuales se consagran en el artículo 379 del Código de Comercio, por cuanto la ley no puede protegerlo más allá de lo que el mismo desea.

No pasa igual con los deberes de los administradores, que para el caso en estudio son los de convocar y permitir la libre inspección a los libros y documentos de la sociedad, dentro del plazo estipulado en los estatutos o en su defecto en la ley, por cuanto éstos, se encuentran dentro de una norma de carácter imperativo, la cual no acepta pacto en contrario.

(Oficio EX/19078, del 28 de noviembre de 1979).

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

II. DERECHO DE PREFERENCIA

1. NEGOCIACION EN LAS SOCIEDADES EN COMANDITA POR ACCIONES SE SUJETA A LAS REGLAS SEÑALADAS PARA LAS SOCIEDADES ANONIMAS

De conformidad con el artículo 347 del Código de Comercio, la emisión, colocación expedición de títulos y negociación de acciones en las sociedades en comandita por acciones se sujetarán a lo previsto para las sociedades anónimas, de manera que son las reglas señaladas para estos casos las que gobiernan también tales asuntos tratándose de una sociedad del tipo mencionado.

De acuerdo con las reglas aludidas es principio general el de que las acciones son libremente negociables, pues según el artículo 379 numeral 3o. del Estatuto Mercantil, uno de los derechos que confiere la acción a su titular es precisamente el de poder negociar libremente sus acciones.

Por su parte el artículo 403 de la misma obra reitera la libre negociabilidad de las acciones pero consagrando las excepciones siguientes, casos en los cuales se limita o restringe el principio referido.

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

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

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

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

De las normas citadas, se infiere que salvo que en los estatutos sociales se pacte el derecho de preferencia, las acciones comunes de las sociedades en comandita por acciones son libremente negociables, es decir, que su titular las puede enajenar a los accionistas o a terceros, total o parcialmente, sin que para ello requiera autorización de ningún órgano social ni de los demás asociados.

Ahora bien, en los estatutos puede pactarse el derecho de preferencia, lo cual conlleva una limitación a la libre negociabilidad mencionada, por cuanto implica que cuando un accionista pretenda negociar su acciones debe ofrecerlas previamente a los demás accionistas, o a la sociedad, o a ambos, según como se haya estipulado en la carta social, caso en el cual debe indicarse también los plazos y condiciones dentro de los cuales aquéllos pueden ejercer dicho derecho, según lo preceptúa el artículo 407 del Código nombrado, pudiéndose estipular entre tales condiciones, que los accionistas podrán adquirir las acciones ofrecidas en proporción al número de acciones que posea cada uno y que las que les correspondieren a los accionistas que no estén interesados, acrecienten el derecho de los demás, de forma que si por ejemplo, de cuatro accionistas, uno solo de ellos manifiesta su asentimiento, él podrá adquirir la totalidad de las partes alícuotas ofrecidas.

Sea de señalar que cuando se consagra el derecho de preferencia referido, en los títulos correspondientes a las acciones suscritas que se expidan, debe indicarse la circunstancia de la existencia del citado derecho así como las condiciones para su ejercicio, conforme lo preceptúa el numeral 2o. del artículo 401 ejusdem. Ello con el fin de evitar perjuicios a posibles terceros que puedan llegar a adquirir acciones en cuya negociación se pretermita el cumplimiento de los requisitos o formalidades pertinentes.

Hechas estas breves observaciones, se procede ahora a presentar las siguientes consideraciones:

1. Salvo estipulación distinta pactada en los estatutos, puede un accionista hacer donación parcial o total de sus acciones a otro, no solo por la circunstancia de la libre negociabilidad ya dicha, sino también por cuanto la ley mercantil no restringe los actos de que pueden ser objeto las acciones en una sociedad de esta naturaleza, de manera que éstas como bien patrimonial del accionista pueden ser objeto de los más variados negocios jurídicos, claro está supeditado al régimen propio de cada negocio en particular.

2. Un accionista puede escoger libremente a otro para venderle sus acciones sin necesidad de tener que ofrecerlas a los demás accionistas, solamente cuando no se ha pactado el derecho de preferencia o cuando habiéndose pactado, éste se ha estipulado exclusiva o inicialmente en favor no de todos los accionistas sino de uno o más de ellos indeterminadamente.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Siendo uno u otro caso, para la negociación respectiva no se requiere la intervención de los restantes accionistas o de la sociedad y solo es necesario el acuerdo de las partes y, con el fin de que aquélla produzca efectos ante la compañía y ante terceros, la inscripción respectiva en el libro de registro de accionistas, tal como lo dispone el artículo 406 ibídem.

3. La obligación del prorrateo, entendiendo por éste el mecanismo que permite determinar el número que de las acciones ofrecidas que le corresponde adquirir a cada accionista de acuerdo con las acciones por cada uno poseídas, sólo opera cuando se pacta el derecho de preferencia y en la medida que dicho prorrateo no se excluya expresamente dentro del procedimiento que rige al derecho en mención.

4. Habiéndose pactado el derecho de preferencia, la oferta se deberá efectuar por el medio y en la forma como se hubieren fijado en los estatutos y en silencio de éstos, por cualquier medio adecuado para hacerla conocer de los destinatarios, según lo previsto para la oferta en general en el artículo 845 del Estatuto Mercantil.

Como comentario final, basta agregar que cuando se consagra estatutariamente el derecho que hemos comentado, tanto éste como el procedimiento que se haya previsto en los estatutos para el ejercicio del mismo, deben ser obligatoriamente observados en toda negociación de acciones y su aplicabilidad sólo cesará mientras la sociedad tenga sus acciones inscritas en bolsas de valores pues al tenor del inciso final del artículo 407 ya citado, cuando ocurre tal hecho, se tendrán por no escritas las cláusulas que consagren cualquier restricción a la libre negociabilidad de las acciones.

(Oficio SL. 43388, diciembre 1, 1988).

2. NO SE PUEDEN COLOCAR ACCIONES EXCLUSIVAMENTE ENTRE UNA CLASE DE ACCIONISTAS. DEL DERECHO DE PREFERENCIA EN LA NEGOCIACIÓN DE ACCIONES Y LOS ARBITRIOS FRENTE A LOS ACCIONISTAS MOROSOS.

A. Es necesario señalar que el capital de las sociedades de economía mixta se encuentra dividido en dos series de acciones distintas para los accionistas privados y para las autoridades públicas, de conformidad con lo dispuesto sobre el particular en el artículo 465 del Código de Comercio. Pero a este respecto no

puede perderse de vista que los dos tipos de acciones, denominadas convencionalmente las series "A" y "B, otorgan los mismos derechos esenciales a los accionistas, con la única excepción de que el legislador, dada la naturaleza de la inversión efectuada por las entidades públicas, ha previsto en su favor algunas prerrogativas especiales tales como la no aplicabilidad de la restricción del voto y de la prohibición del artículo 185 del Código de Comercio para los representantes de las entidades públicas en las asambleas de accionistas, al tenor del artículo 466, ibidem.

Por contera no puede hablarse que en estos casos el capital de las sociedades esté dividido en dos clases de acciones, habida cuenta que confieren a sus titulares los mismos derechos esenciales. La ratio legis del artículo 465 del estatuto mercantil, al disponer para las sociedades de economía mixta la emisión de acciones en series distintas, radica en la necesidad de que permanentemente sea fácil conocer el grado de participación del Estado, así como la separación de los distintos grupos de accionistas vinculados a la empresa social, para los efectos de la aplicación de las disposiciones especiales sobre la materia (véase PROYECTO DE CODIGO DE COMERCIO. Ministerio de Justicia. Imprenta Nacional. Bogotá. 1958. Tomo II Pág. 192).

Con fundamento en la premisa anterior, se hace necesario precisar varios aspectos:

1. De conformidad con el artículo 388 del Código de Comercio, en toda nueva emisión de acciones los asociados tienen derecho a suscribir preferencialmente las acciones que les corresponden de acuerdo con la proporción que para el efecto se determine, salvo que la asamblea haya dispuesto lo contrario en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 420, ordinal 5o., ejúsdem, o que en los estatutos de la compañía se haya pactado la colocación de acciones sin sujeción al derecho de preferencia.

En consecuencia, a todos los accionistas de las sociedades de economía mixta o entre entidades públicas, sin distinción alguna, les asiste el derecho de suscripción preferente, toda vez que dichas entidades se someten a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley (artículos 6o. y 8o. del Decreto Ley 1050 de 1968; 3o. y 4o. del Decreto Ley 130 de 1976 y 461 y 464 del Código de Comercio) y a este respecto no existe norma que disponga algo diferente para las referidas personas jurídicas. Por el contrario, el artículo 9o. del decreto Ley 130, ídem, ratifica la apreciación de este Despacho en el sentido de que las colocaciones de acciones de las sociedades en cuestión se

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

regulan por las disposiciones pertinentes del Código de Comercio; en la precitada disposición se lee: "Las acciones ordinarias no suscritas en el acto de constitución y las que posteriormente emita la sociedad de economía mixta serán colocadas de acuerdo con el reglamento que con tal fin apruebe la junta directiva el cual se expedirá con sujeción a las normas del Código de Comercio y demás disposiciones pertinentes y, si a ello hubiere lugar, se someterá a la aprobación de la respectiva Superintendencia". (la subraya es nuestra).

En este orden de ideas, la alternativa referente a la posible colocación exclusivamente de la serie "B", que solo podrían ser suscritas por los particulares sería viable a la luz de la codificación mercantil, solamente en la medida en que la asamblea disponga que la colocación se efectué sin sujeción al derecho de preferencia, con el voto favorable de por lo menos el setenta por ciento de las acciones representadas en la reunión (artículo 420, atribución 5a. ídem), por que en tal evento no todos los socios de la compañía o ninguno de ellos, según sea el caso, podrían hacer uso de ese derecho tendiente a garantizar su statu quo dentro de la sociedad, como quiera que por lo menos en ese supuesto, las entidades públicas accionistas no serían sujetos destinatarios de la oferta de acciones.

B. Una de las obligaciones que contrae todo accionista bien al momento de la constitución de la sociedad o posteriormente, al celebrar el contrato de suscripción de acciones, es la de liberar las acciones que adquiera, haciendo el pago de sus aportes en los términos contractuales. Cuando el socio no cumple con tal obligación en la forma convenida, entra en situación de mora y en tal evento, al tenor del artículo 397 del Código de Comercio, la junta directiva de la sociedad podrá optar por uno cualquiera de los siguientes arbitrios, a fin de integrar el capital social:

1- Vender por cuenta y riesgo del moroso y por conducto de un comisionista las acciones que hubiere suscrito y no haya liberado en su integridad.

2- Efectuar el cobro del saldo insoluto por la vía judicial, o

3- 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, caso en el cual las acciones restantes deberá retirarlas la sociedad al accionista moroso y serán colocadas de inmediato.

Empero, con relación a la enajenación de acciones de la nación o de sus entidades descentralizadas es imprescindible recordar que según las voces del artículo 18 del Decreto Ley 130 de 1976, tales partes alícuotas de capital, antes de ser dadas en venta a personas de derecho privado, deben ofrecerse a entidades públicas, socios o no.

Así mismo, el inciso final del artículo 397 del Código de Comercio no constituye una excepción a la regla general según la cual a toda colocación de acciones debe preceder un reglamento. Por tanto, la expresión "Las colocará de inmediato" ha de entenderse en el sentido de que la intención del legislador es que las acciones se coloquen efectivamente, a la mayor brevedad, para que no opere una disminución definitiva del capital social.

(Oficio OA-MZ-11674 del 4 de junio de 1980).

3. CESION DEL DERECHO DE PREFERENCIA EN LA NEGOCIACION DE ACCIONES.

En términos generales, el derecho de preferencia es aquél en virtud del cual determinada persona o grupo de personas tienen prioridad para la celebración o ejecución de un negocio o acto jurídico, y en el caso particular de la negociación de partes alícuotas en las sociedades mercantiles, es aquel que tienen los asociados a que se les prefiera antes que a un tercero, para dicha negociación.

De acuerdo con ello, cuando opera el referido derecho, todo asociado que pretenda negociar total o parcialmente sus partes alícuotas, debe hacer oferta de ellas a sus consocios, para que sean éstos quienes en primer lugar tengan posibilidad de adquirirlas y solo si expresa o tácitamente manifiestan su desinterés por todas o alguna de las alícuotas ofrecidas, sí puedan ser adquiridas por terceros.

También puede haber lugar al derecho de preferencia cuando se trate de nuevos incrementos al capital social, de manera que cuando la sociedad requiera de nuevos aportes, los llamados a efectuarlos en primer término sean los asociados, permitiendo que éstos tengan así la posibilidad de mantener su participación porcentual dentro de la composición del capital social, conservando con ello el mismo poder patrimonial y político dentro de la compañía.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Atendiendo a la filosofía del derecho de preferencia y particularmente a la finalidad del mismo, es este un derecho de orden patrimonial, pero de carácter abstracto ya que sus titulares, esto es, los asociados, lo conservan como una mera expectativa que solo se concreta cuando se formula la oferta de venta o cuando se decide el incremento de capital.

Tratándose de la sociedad anónima, el derecho de preferencia en la negociación es un elemento accidental al contrato que da origen a la sociedad y en tal virtud, si el mismo no se pacta expresamente no tiene ocurrencia. Ello por cuanto el artículo 403 del Código de Comercio consagra la libre negociabilidad respecto de las acciones ordinarias o comunes, la cual solo puede ser limitada, de acuerdo con el inciso 3o. del artículo 379 ejúsdem, si en los estatutos se estipula el referido derecho en favor de los accionistas o de la sociedad o de ambos, caso en el cual también deberán estipularse las condiciones dentro de las cuales puede ser ejercido, según los términos del artículo 407 ibídem.

En este orden de ideas, es preciso tener en cuenta si se es o no accionista de la sociedad. En el evento positivo, los accionistas que deseen participar de la negociación, deben manifestarlo expresamente, para que accedan a la venta en proporción al número de acciones que posean en la sociedad. En caso negativo, es necesario que se hayan agotado todos los pasos que permiten el ejercicio del derecho de preferencia a los accionistas, para si aún quedan acciones por negociar, se proceda a realizar el ofrecimiento correspondiente.

Ahora bien, con relación a la posibilidad de ceder el ejercicio del derecho de preferencia, este acto es plenamente viable siempre y cuando en los estatutos sociales se hayan fijado dentro de las condiciones para el ejercicio del referido derecho, la posibilidad de su cesión (artículo 407 ídem), de tal manera que el accionista pueda no adquirir la parte proporcional que de las acciones ofrecidas le corresponda y en su lugar lo haga otro accionista o un tercero en forma similar a como lo prevé el artículo 389 del estatuto mercantil para el caso del derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones.

Por su parte, si en los estatutos solo está pactado el derecho de preferencia mas no existe estipulación alguna respecto al asunto en comento, este Despacho es de la opinión que en tal evento no es posible la referida cesión, ya que si uno de los derechos fundamentales que la acción confiere a su titular es el de la libre negociabilidad de la misma, entendida esta no solo en cuanto a la oportunidad sino a la determinación de la parte con quien se negociaría, es obvio que el derecho de preferencia con el cual puede limitarse dicha libertad de negociación,

debe circunscribirse solamente al alcance que permite su definición, esto es, a la mera oportunidad de los accionistas o de la sociedad o de ambos, según sea el caso, de adquirir o no las acciones ofrecidas y no a ir más alla, pues ello atentaría contra el derecho fundamental referido; por consiguiente, es del resorte del accionista oferente ante el desinterés de sus coasociados, la libre escogencia del adquirente de las acciones respectivas.

(Oficio 220-15496 agosto 19 de 1994).

4. EN VIRTUD DE UNA CESION DE DERECHOS HEREDITARIOS ES VIABLE QUE UN TERCERO ADQUIERA ACCIONES O CUOTAS DE UNA SOCIEDAD EN LA CUAL SE HALLE CONSAGRADO EL DERECHO DE PREFERENCIA EN LA ENAJENACION.

En términos generales el derecho de preferencia es aquél en virtud del cual determinada persona o grupo de personas tienen prioridad para la celebración o ejecución de un negocio o acto jurídico, y en el caso particular de la negociación de partes alícuotas en las sociedades mercantiles, es aquel que tienen los asociados a que se les prefiera antes que a un tercero, para dicha negociación.

De acuerdo con ello, cuando opera el referido derecho, todo asociado que pretenda negociar total o parcialmente sus partes alícuotas, debe hacer oferta de ellas a sus consocios, para que sean éstos quienes en primer lugar tengan posibilidad de adquirirlos y sólo si expresa o tácitamente manifiestan su desinterés por todas o alguna de las alícuotas ofrecidas, sí puedan ser autorizadas por terceros.

También puede haber lugar al derecho de preferencia cuando se trate de nuevos incrementos al capital social, de manera que cuando la sociedad requiera de nuevos aportes, los llamados a efectuarlos en primer término sean los asociados, permitiendo que éstos tengan así la posibilidad de mantener su participación porcentual dentro de la composición del capital social, conservando con ello el mismo poder patrimonial y político dentro de la compañía.

Atendiendo a la filosofía del derecho de preferencia y particularmente a la finalidad del mismo, es este un derecho de orden patrimonial, pero de carácter abstracto ya que sus titulares, esto es, los asociados, lo conservan como una mera

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

expectativa que solo se concreta cuando se formula la oferta de venta o cuando se decide el incremento de capital.

Ahora bien, volviendo al derecho de preferencia en la negociación de partes alícuotas, éste opera de manera distinta en la sociedad anónima y en la sociedad de responsabilidad limitada, en razón a la naturaleza jurídica de la una como de la otra, pues al paso que en la primera, ella se sustenta en forma absoluta en el elemento intuitu pecuniae, por ser el capital el factor primordial para la creación de la empresa social y no los asociados, quienes son ajenos a la estructura legal de estas compañías, por lo menos, teóricamente, en la sociedad de responsabilidad limitada, el intuitu personae, es un elemento que tiene operancia en la misma y en tal virtud, el asociado como tal, juega también un papel importante dentro de la estructura legal de este tipo de sociedades.

En efecto, tratándose de la sociedad anónima, el derecho de preferencia en la negociación de acciones es un elemento accidental en relación con el contrato que da origen a la sociedad y en tal virtud, si el mismo no se pacta expresamente no tiene ocurrencia. Ello por cuanto el artículo 403 del Código de Comercio consagra la libre negociabilidad respecto de las acciones ordinarias o comunes, la cual sólo puede ser limitada, de acuerdo con el inciso 3o. del artículo 379 ejusdem, si en los estatutos se estipula el referido derecho en favor de los accionistas o de la sociedad o de ambos, caso en el cual, debe indicarse los plazos y condiciones dentro de los cuales puede ser ejercido según los términos del artículo 407 ibídem.

Por su parte, en la sociedad de responsabilidad limitada, el derecho de preferencia en la cesión de cuotas sociales constituye un elemento de la naturaleza del contrato originario de la sociedad y en razón de ello, si no se expresa lo contrario, el mismo opera indefectiblemente, pues el artículo 363 del Estatuto Mercantil, señala que salvo estipulación en contrario, el socio que pretenda ceder sus cuotas sociales, debe ofrecerlas a los demás socios, conforme al procedimiento fijado en dicha disposición legal y siguientes.

Así las cosas, el derecho de preferencia de acuerdo con nuestro Código de Comercio, se halla consagrado en forma expresa tanto para la negociación de acciones como para la de cesión de cuotas, el cual opera de la manera ya comentada, e igualmente tal derecho se halla consagrado y reglamentado para la suscripción de acciones en la sociedad anónima, y aunque no se consagra expresamente, en los aumentos de capital de las sociedades limitadas también opera, salvo pacto estatutario distinto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 373

del Código citado, claro está con las variantes que se presentan en razón a la distinta estructura de capital de la sociedad anónima y de la limitada y a la naturaleza de las partes en que éste se divide.

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

Ahora bien, para efectos de la transmisión mortis causa de las partes alícuotas señaladas, ésta, al igual que el derecho de preferencia, se presenta en forma diferente en la sociedad anónima y en la de responsabilidad limitada, como veremos en seguida.

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

Por su parte, tratándose de la sociedad de responsabilidad limitada y dada la ingerencia que en ella tiene el elemento intuitu personae, nuestra legislación ha supeditado la admisión de un tercero como socio, a la aceptación de la junta de socios, según se infiere del numeral 1o. del artículo 358 del Estatuto Mercantil y como tal, dicha regla tiene aplicación cuando se trate del ingreso de un tercero en virtud de la transferencia de cuotas por causa de muerte, la cual opera según dicho tercero sea un heredero o una persona que no ostente tal condición.

Como es sabido, en este tipo societario se presume la continuación de la sociedad con los herederos del socio fallecido, conforme al artículo 368 del

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

estatuto mencionado, por lo cual, de no pactarse nada contrario o distinto, se entiende que es voluntad de los asociados que al fallecimiento de uno de ellos, sus herederos sean los continuadores de su participación en la sociedad, lo que significa que la aceptación referida ha sido previamente emitida en el contrato social y por consiguiente una vez ocurrido el hecho, el ingreso como socio del heredero del fallecido se presenta como simple desarrollo del citado contrato, no siendo menester un pronunciamiento expreso del órgano rector.

En cambio, cuando el adjudicatario de las cuotas del fallecido lo es en una calidad distinta a la de heredero, como cuando éste ha cedido previamente sus derechos hereditarios, es necesario para su ingreso como socio, la aceptación como tal por parte de los asociados reunidos en junta de socios, al tenor del numeral 1o. del artículo 358 citado.

En síntesis, y con base en lo expuesto, considera este Despacho que es viable, en virtud de una cesión de derechos hereditarios, que un tercero adquiera las acciones o cuotas de una sociedad en la cual se halle consagrado el derecho de preferencia en la enajenación o en la cesión de tales acciones o cuotas, siendo únicamente necesario para la adquisición de la calidad de accionista o de socio, la inscripción correspondiente en el libro de registro de accionistas, en el primer caso, y en el segundo, además de la inscripción pertinente en el registro mercantil, la aprobación del ingreso como tal por parte de la junta de socios.

(Oficio SL-10017, abril 30 de 1990)

5. MEDIANTE REFORMA ESTATUTARIA SE PUEDE SUSPENDER EL DERECHO DE PREFERENCIA?

Uno de los puntos importantes del llamado derecho de preferencia a favor de los socios y la sociedad es que es renunciable en cualquier momento, respetando el procedimiento establecido por la ley o los estatutos para estos eventos.

Es indudable que el derecho de preferencia es renunciable y así lo reconoce nuestra legislación comercial al establecer en el último inciso del artículo 388 que: "Por estipulación estatutaria o por voluntad de la asamblea, podrá decirse que las acciones se coloquen sin sujeción al derecho de preferencia,..."

Obviamente, dicha renuncia temporal o definitiva puede tener una serie de modalidades que no se pueden desconocer y cuya finalidad es aclarar la forma como se debe presentar en las diferentes hipótesis que se pretendan pactar.

Si se hace a través de una reforma estatutaria tiene que tener una caracterización de ser general y benéfica a personas indeterminadas, queriendo ello decir que la renuncia estatutaria no podría darse a favor de persona o personas determinadas, salvo que se haga por un período determinado expresamente.

De no adoptarse el criterio anterior, se estaría rompiendo la igualdad de los accionistas, cual es, tener derecho de suscribir en toda suscripción de acciones en proporción a la cantidad que posean al momento de la oferta y adecuadamente, estarían creando o consagrando acciones con un privilegio no autorizado en la ley.

A contrario sensu, cuando se trate de una renuncia aprobada en la asamblea general de accionistas, puede ser a favor de persona determinada o indeterminada y necesariamente el ámbito de la decisión se reduce al caso específico de la determinada "colocación de acciones" como ella las concibe.

De otra parte y respecto a la inquietud de como desaparece dicha cláusula se puede manifestar que indudablemente se hará por sustracción de materia una vez llegado el día pactado para su vigencia, sin necesidad de una nueva reforma.

(Oficio 220-29990 noviembre 8 de 1994).

6. NEGOCIACION DE ACCIONES. RESTRICCIONES PARA LOS ADMINISTRADORES

Derecho de Preferencia. Consecuencias por su inobservancia.

No es aceptable que se negocien acciones de una sociedad haciendo caso omiso del derecho de preferencia en la negociación consagrada en el estatuto a favor de la compañía y de los asociados, pues las estipulaciones contractuales constituyen ley para las partes (art. 1602 del Código Civil), vale decir que los socios están obligados a cumplir estrictamente las previsiones de la carta social. En el caso de existir inobservancia de los requisitos inherentes a la preferencia en

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

la negociación, la sociedad debe abstenerse de hacer inscripción alguna en el libro de registro de acciones, según lo ordena el artículo 416 del Código de Comercio en donde se lee:

"La sociedad no podrá negarse a hacer las inscripciones en el libro de registro de acciones, que se prevén en esta sección sino por orden de autoridad competente o cuando se trate de acciones para cuya negociación se requiera determinados requisitos o formalidades que no se hayan cumplido." (Subraya el despacho).

Se destaca que el artículo 403 del Código de Comercio, señala igualmente como excepción de la libre negociabilidad de las acciones, los eventos de aquellas acciones comunes respecto de las cuales se haya pactado expresamente el derecho de preferencia.

Así las cosas, debe indicarse que de acuerdo con los artículos 403 y 416 ibídem y con el espíritu del legislador, la sociedad no debe hacer inscripciones en el libro de registro respectivo cuando no se haya cumplido con la plenitud de los requisitos necesarios para ello y los socios están impedidos para vender parte o la totalidad de sus acciones a terceros hasta cuando se agoten los pasos que permiten a sus titulares el referido derecho preferente.

Ahora bien, la negociación efectuada con violación del nombrado artículo 403 está viciada de nulidad absoluta por ser dicha de carácter imperativo, ya que ésta es la sanción establecida sobre el particular en el artículo 899 ord. 1o. del estatuto mercantil. Por lo demás, el asunto expuesto origina un conflicto entre los contratantes, cuya solución (declaratoria de nulidad), compete a la justicia ordinaria a petición de parte y en nada vincula a la compañía ni a los demás asociados, mientras la operación no haya sido registrada en el libro respectivo; pero si ello ha ocurrido, los inscritos adquirieron la calidad de accionista y compete a quienes les fue desconocido el derecho de preferencia en el negocio (sociedad o socios) o a cualquier persona que tenga interés jurídico si así lo desean demandar la nulidad ante la jurisdicción civil, la cual, se repite, tiene la competencia para dirimir este tipo de conflictos.

(Oficio OA-17015 del 25 de agosto de 1980).

7. SI LA CESION DEL DERECHO A SUSCRIBIR SE EFECTUA DE ACUERDO CON LA LEY Y EL RESPECTIVO REGLAMENTO DE COLOCACION, SE PERFECCIONA EL CONTRATO DE SUSCRIPCION.

Toda sociedad anónima tiene su capital representado en acciones, las cuales, como principio general, son libremente negociables, con las excepciones taxativamente consagradas en el artículo 403 del Estatuto Mercantil, para las acciones privilegiadas, las de industria no liberadas, las gravadas con prenda y "las comunes respecto de las cuales se haya pactado expresamente el derecho de preferencia", como es el caso que nos ocupa.

Según doctrina de esta Superintendencia, "El derecho de preferencia o de opción se traduce en la facultad que asiste a los actuales accionistas de adquirir con exclusión de extraños, las acciones que la sociedad mantiene en reserva, y en proporción al número de sus acciones...".

El derecho de preferencia es de naturaleza contractual y consagra privilegios accesorios, en los términos y con las restricciones de que trata el artículo 407 del Código de Comercio.

Según los doctores Luis A. Gómez y Néstor Humberto Martínez, en su obra, "Asamblea General de Accionistas", Librería Fuente Jurídica, 1979, pág. 55, la característica más importante del derecho de preferencia es ser abstracto y "referido a todos los accionistas pero no materializado en cabeza de ninguno de ellos y propio de la naturaleza del contrato de sociedad anónima y no de la esencia del mismo".

Dicho derecho solamente se puede pactar para acciones nominativas y que no estén inscritas en bolsas de valores, y se puede presentar en tres casos:

1. En la suscripción de acciones: El derecho de preferencia en la suscripción de acciones es de origen legal (art. 388 del Estatuto Mercantil), en virtud de él, todos los accionistas tienen la opción de adquirir, con exclusión de terceros, las nuevas acciones que la sociedad vaya a colocar, en proporción al número de acciones que posea en el momento en que el órgano facultado apruebe el respectivo reglamento. Este es un derecho abstracto que se concreta cuando se recibe la oferta de parte del representante legal de la sociedad, quien es el encargado de velar porque se respete dicho derecho de preferencia. Sin embargo, estatutariamente o por decisión del Máximo órgano Social, se puede hacer la colocación de acciones sin sujeción al derecho de preferencia, mencionado.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

2. *En la negociación de acciones: En este caso, el derecho de preferencia es convencional, y se requiere para que opere, que esté expresamente pactado en los estatutos sociales, indicando los plazos y las condiciones dentro de las cuales la sociedad y/o los accionistas podrán ejercerlo. El precio y la forma de pago, serán fijados en cada caso por los interesados y a falta de acuerdo, se acudirá a peritos nombrados por las partes, o en defecto, por el Superintendente de Sociedades.*

El accionista que pretenda vender las acciones de las cuales es titular, hará la oferta por intermedio del representante legal, quien las ofrecerá a la sociedad y/o a los demás accionistas por el término convenido, vencido el cual, si ni la sociedad ni los accionistas han aceptado la oferta, el oferente queda en libertad de vender sus acciones a un tercero de su elección.

3. *En la negociación del derecho de suscripción de acciones: Todo accionista está autorizado por la ley (artículo 389, obra citada), para negociar libremente su derecho de suscribir las acciones que le corresponden en cada nueva colocación de acciones, desde la fecha del aviso de oferta, salvo que en los estatutos sociales esté pactado expresamente el "derecho de preferencia en la negociación del derecho de suscripción de acciones".*

Por las razones expuestas se observa, que para que opere el derecho de preferencia en cada uno de los casos citados, se deben cumplir los requisitos exigidos por la ley, para cada uno de ellos en particular; por lo tanto no se puede predicar que al pactar dicho derecho de preferencia para una o las dos primeras situaciones, éste se haga extensivo a la negación del derecho de suscripción de acciones.

Conviene anotar, que el contrato de suscripción de acciones es aquel por medio del cual una persona se obliga a pagar un aporte a la sociedad conforme con el reglamento de suscripción y a someterse a sus estatutos; por su parte, el ente jurídico adquiere la obligación de reconocerle la calidad de accionista y entregarle el título respectivo. Por tanto, se trata de un contrato bilateral del que surgen obligaciones para ambas partes.

Ahora bien, perfeccionado el contrato de suscripción la compañía debe proceder dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a expedirle el título que le acredita al suscriptor su calidad de accionista (artículo 399 inciso 3o. Idem). El título puede ser un certificado provisional cuando el valor de la acción no esté

cubierto íntegramente, el cual se cambiará por el título definitivo una vez se pague totalmente la acción.

Expedido el título, la sociedad deberá inscribirlo en el libro de accionistas, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 195 del Código de Comercio.

Siendo así las cosas, la sociedad está obligada a permitirle al accionista el ejercicio de los derechos inherentes a su calidad. (artículo 379 ibídem), a menos que se encuentre en mora de pagar las cuotas de las acciones, en cuyo caso le compete a la Junta Directiva decidir cuál de las alternativas consagradas en el artículo 397 del código citado acoge la sociedad.

(Oficio AN-7751 marzo 22 de 1991).

8. SALVO EL DERECHO DE PREFERENCIA, NO ES POSIBLE CONDICIONAR LA LIBRE NEGOCIABILIDAD DE LAS ACCIONES.

Si bien es cierto, en términos generales el contrato es un acuerdo para constituír, regular o extinguir entre las partes una relación jurídico patrimonial, y en virtud de ello es posible que en sus cláusulas se incluyan las circunstancias de tiempo modo y lugar que los intervinientes consideren pertinentes, no en todos los actos puede aplicarse esta regla puesto que para algunos de ellos la misma ley ha previsto características especiales que no pueden ser desconocidas por los contratantes.

En el caso que nos ocupa, ***el de suscripción de acciones, accesorio al de sociedad, "es un contrato por el cual una persona se obliga a pagar un aporte a la sociedad de acuerdo con el reglamento respectivo y a someterse a sus estatutos. A su vez la compañía se obliga a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente" (artículo 384 del Código de Comercio).***

Ahora bien, ***el reconocimiento de dicha calidad, implica para el beneficiario de la misma la facultad de ejercer unos derechos mínimos consagrados expresamente en el artículo 379 ibídem,entre los cuales está el señalado en el ordinal 3o. a*** *cuyo tenor, cada acción confiere a su propietario el derecho de negociar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia en favor de la sociedad o de los accionistas o de ambos. En el mismo sentido, el artículo 403 ibídem prevé la libre negociabilidad de las*

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

acciones, frente a lo cual consagra unas claras y precisas excepciones y que por su carácter de tales, solo operan en los supuestos a los cuales se contraen.

Así las cosas tenemos, que por disposición expresa del legislador, salvo la circunstancia antes anotada, las acciones son libremente negociables, ***lo cual implica que no es posible condicionar, ni siquiera en el tiempo, el ejercicio de tal derecho,*** *de suerte que por disposición estatutaria, ni mucho menos por mandato de la asamblea o de la junta directiva, se puede establecer que las acciones que se ofrezcan para su suscripción no puedan ser negociadas por determinado período o lapso de tiempo, pues ello resulta claramente contrario al contenido del derecho mencionado.*

De ahí que señalar por ejemplo, que los suscriptores o alguno de ellos que enajenen las acciones antes de un término prefijado, deben cancelar cierta suma de dinero como ajuste al valor de suscripción, como medida para obligarlos a conservarlas durante ese tiempo, indudablemente conllevaría la imposición de un mecanismo que impediría la libre negociabilidad referida, ya que ellos no podrían disponer de sus partes alicuotas adquiridas, so pena del incremento mencionado.

Ahora bien, una formula como aquella tampoco se podría plantear como una modificación del precio de suscripción por la ocurrencia de la condición indicada, pues el artículo 386 del Código de Comercio señala de manera imperativa las menciones mínimas que debe contener todo reglamento de colocación de acciones, siendo uno de ellos precisamente el referente al precio al que serán ofrecidas las acciones, el cual debe expresarse claramente, de suerte que al ser el reglamento el prospecto que contiene las bases o condiciones de la oferta y, teniendo en cuenta la inmodificabilidad de la misma una vez ésta se formula, no es posible admitir que una vez suscritas las acciones se adicione o modifique su precio por la eventual ocurrencia de circunstancias posteriores.

Así las cosas, considera este Despacho que ***bajo ninguna circunstancia podría establecerse que un accionista que enajene sus acciones antes de transcurrido un tiempo determinado a partir de la suscripción, deba pagar cierta suma de dinero imputable al precio de suscripción.***

Boletín Jurídico No. 7, Mayo de 1994).

III - DERECHO DE SUSCRIPCION

1. EN EL CASO DE ACCIONES CORRESPONDIENTES A SUCESIONES ILIQUIDAS.

Se formulan las siguientes inquietudes:

1. Los titulares de acciones suscritas y no liberadas pueden ejercer los derechos inherentes a las mismas en las asambleas? En el evento de que un accionista cancele el valor total de las acciones que ha tenido derecho a suscribir, se deben tener en cuenta para la Asamblea o por el contrario existe un plazo específico para inscribirlas en los libros?

2. En materia de colocación de acciones y observando que en los registros de accionistas figuran personas que han fallecido, pero al hacer la proporción se han tenido en cuenta las acciones poseídas, se pregunta: los herederos pueden suscribir estas acciones o por el contrario pierden el derecho a suscribirlas? En caso afirmativo estas acciones se acumulan al causante?

3. En los casos en los cuales las acciones poseídas por una persona fallecida no han sido tenidas en cuenta dentro del inventario de bienes del causante, se pueden asignar los derechos correspondientes a la suscripción a uno de los herederos mediante acuerdo mutuo de la totalidad de éstas?

4. Cuando los herederos de un accionista no han levantado juicio de sucesión, en razón de que los bienes poseídos solamente constaban de las acciones suscritas en la sociedad qué determinación debe adoptar la Empresa en relación con estas acciones?

Se resuelven los interrogantes, en el mismo orden en que están planteados:

1. De conformidad con el artículo 384 del Código de Comercio, la suscripción de acciones es un contrato por el cual una persona se obliga a pagar un aporte a la sociedad de acuerdo con el reglamento respectivo y a someterse a sus estatutos. A su vez, la compañía se obliga a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente.

El contrato de suscripción se entiende perfeccionado desde el momento que se concreta el acuerdo de voluntades entre el suscriptor que se obliga en los términos del reglamento de colocación y la sociedad que hizo la oferta. Es decir, a

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

partir de la aceptación de la oferta, dentro del término de la misma, el suscriptor adquiere la calidad de accionista con todos los derechos que la ley le confiere, entre ellos el de participar en las deliberaciones de la asamblea general y votar en ella.

Ahora bien, a fin de absolver el primer interrogante es importante tener en cuenta que si en el respectivo reglamento de colocación, se conceden plazos para pagar el aporte y el accionistas no lo cancela dentro del término allí señalado, entonces aquél queda en mora, situación que conlleva, al tenor de lo dispuesto por el artículo 397 del código citado, que no puede ejercer los derechos inherentes a las acciones que suscribió; pero si por el contrario el accionista al momento de la suscripción canceló la suma que le correspondía entregarle a la sociedad por cada acción que suscribió y todavía no se ha hecho exigible el pago del remanente, en razón del plazo que se le concedió, puede actuar con las acciones suscritas en las deliberaciones del máximo órgano social sin que nadie se lo pueda impedir sin violar la ley.

De otra parte, es necesario dejar en claro que si ciertamente la ley otorga un plazo para que se expidan los certificados provisionales, así como los títulos definitivos y se inscriban éstos en el respectivo libro, tal término no cuenta para que el accionista pueda comenzar a ejercer sus derechos, ya que él adquirió el carácter de accionista desde que celebró el respectivo contrato de suscripción y desde ese momento la compañía tiene que reconocerle los derechos que dimanan de su calidad, como una de las obligaciones que contrae el ente jurídico al celebrar el referido contrato.

2. Para contestar los puntos atinentes a la suscripción de las acciones que le corresponden a un accionista fallecido, se cree conveniente fijar previamente los siguientes criterios:

En primer lugar hay que determinar quién puede suscribir las acciones que en determinada colocación le corresponde suscribir al socio desaparecido.

Según concepto que comparte este Despacho, el profesor Jorge Ortega Torres entiende por actos administrativos aquéllos por los cuales se asegura la integridad del patrimonio y la producción normal de las rentas; en contraposición de los actos conservatorios que son los que tienen por objeto asegurar el mantenimiento de un derecho sin aumentar obligaciones o las cargas de la persona que los ejecuta.

Ahora bien, si dentro de los bienes del de cujus se encuentran acciones de una sociedad y se decreta una colocación de acciones en la cual el accionista que ha muerto tenía derecho a suscribir preferencialmente, entonces quien administra sus bienes puede suscribir las acciones, por ser éste un acto de administración, ya que con la celebración de dicho negocio jurídico se está protegiendo un interés patrimonial manifiesto, pues si no se suscriben las referidas acciones se disminuirá la participación que le corresponda a la sucesión en las reservas y valorizaciones patrimoniales futuras de la compañía.

Así las cosas, es oportuno señalar cómo se administran los bienes sucesorales:

A) DURANTE EL JUICIO CORRESPONDIENTE.

De conformidad con el artículo 595 del Código de Procedimiento Civil, durante el proceso de sucesión la administración de los bienes la tienen el Albacea con tenencia de bienes y a falta de éste los herederos que hayan aceptado la herencia.

En el evento de que hubiere dos o más herederos y aceptare uno de ellos, éste tendrá la administración de todos los bienes hereditarios proindiviso, previo inventario solemne, como lo señala el artículo 1297 del Código Civil; y a medida que los coherederos vayan aceptando y suscriban el inventario tomarán parte en la administración.

Sobre este aspecto no sobra agregar que, cuando muere una persona, la ley o el testamento llama a sus herederos a aceptar la herencia para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, y en ese mismo momento aquélla les atribuye la posesión de los bienes que forman el activo patrimonial, tal como lo señalan los artículos 753 y 783 del Código Civil, más para entrar efectivamente en la administración de dichos bienes, es necesario que el heredero acepte la herencia, es decir, manifieste su voluntad de aceptar los derechos y asumir las obligaciones que forman el patrimonio de la persona difunta, manifestación que puede ser expresa o tácita. Es expresa, cuando así se exterioriza por escrito ante el juez que ha de conocer del correspondiente juicio de sucesión o cuando se toma tal título en una escritura pública o privada, obligándose como tal, en forma señalada en los artículos 1293 y siguientes del código antes citado; es tácita, cuando el heredero ejecuta un acto que supone necesariamente su voluntad de aceptar la herencia.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

El mencionado artículo 595 del Código de Procedimiento Civil, también señala que los bienes de la sociedad conyugal serán administrados conjuntamente por el cónyuge supérstite y el albacea, o por aquél y los herederos, según el caso.

Agrega dicha norma que, en el evento de desacuerdo entre los herederos, o entre éstos y el cónyuge sobreviviente, en torno a la administración que adelanten, el juez a solicitud de cualquiera de ellos decretará el secuestro definitivo de los bienes y designará un secuestre para el efecto, pero las diferencias que ocurran entre el cónyuge o los herederos y el albacea serán resueltas por el mismo juez.

B) HERENCIA YACENTE

Por otra parte, en cuanto a la herencia yacente, es indispensable precisar que por tal se entiende aquélla que por no haberse presentado oportunamente la persona que por su título de heredero, o disposición testamentaria debe administrarla, carece de administrador legal.

El artículo 581 del Código de Procedimiento Civil prevé que si dentro de los quince días siguientes a la apertura de la sucesión no se hubiere aceptado la herencia o una cuota de ella, ni hubiere albacea con tenencia de bienes que haya aceptado el cargo, el juez que conoce del proceso de sucesión, de oficio o a petición de parte interesada declarará yacente la herencia y le designará curador.

El curador así nombrado representa la herencia yacente y tendrá las atribuciones y los deberes del secuestre, además de las especiales que la ley le señala.

C) CON ANTERIORIDAD A LA APERTURA DEL JUICIO DE SUCESION.

Si no se ha abierto sucesión todavía, quienes tengan vocación hereditaria podrán, al tenor del artículo 1298 y siguientes del Código Civil, ejecutar actos de administración, como es el de suscribir a nombre del accionista desaparecido las acciones que le correspondían en una determinada colocación, pero con tal proceder están aceptando en forma tácita la herencia, lo que conduce a que quien así actúe, desde ese momento adquiera por disposición de la ley la calidad de heredero, eso sí de manera pura y simple, es decir sin beneficio del inventario.

Conforme con lo expuesto se contesta a la segunda pregunta:

Si en una colocación existe un derecho para suscribir preferencialmente acciones reservadas, quienes administran la herencia del accionista desaparecido podrán suscribir a nombre de éste las acciones que le corresponden en la misma, acumulando éstas a las que tenía el causante.

Desde luego que, en este orden de ideas, podrán negociar el respectivo derecho, evento en el cual las sumas de dinero recibidas deberán entrar al patrimonio del difunto, sin que la sociedad se pueda negar a aceptar tal decisión.

Si un heredero en la confección del inventario omite de mala fe hacer mención de cualquier parte de los bienes, por pequeña que sea, o incluye deudas que no existen, no pierde por tal razón el derecho sobre dichos bienes, sino que al tenor de lo que dispone el artículo 1313 del Código Civil no podrá gozar del beneficio de inventario.

En consecuencia, si el socio fallecido tenía derecho a suscribir en una colocación determinada, pero no se incluyeron las acciones de la compañía en el respectivo inventario, no por eso quienes administren la herencia dejarán de tener derecho a suscribir o negociar las acciones que le correspondían a aquél. Por lo tanto, habrá que responder a este interrogante en forma afirmativa si son los herederos los que administran la herencia, ya que mediante acuerdo de la totalidad de éstos pueden ceder a uno de ellos el derecho de suscripción.

Conforme ya quedó anotado, el artículo 757 del Código Civil señala que en el momento de deferirse la herencia, la posesión de ésta se confiere por ministerio de la ley al heredero, lo que implica que legalmente, desde ese instante el heredero adquiere la calidad de poseedor de la herencia, como conjunto universal de bienes patrimoniales transmisibles de su causante.

Lo que permite que aunque no se haya abierto juicio de sucesión, con un acto de administración acepte tácitamente la herencia, suscribiendo las acciones que le correspondan al accionista fallecido, pero en este caso dichas acciones deben entrar a formar parte del patrimonio del difunto.

Así tenemos que cualquier heredero puede suscribir a nombre de la sucesión las acciones que le correspondan al socio desaparecido, cumpliendo con las condiciones fijadas en el respectivo reglamento de colocación, sin que la sociedad pueda oponerse a que se verifique dicho negocio, por carecer de interés

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

jurídico derivado de la mortuoria y además porque la compañía unilateralmente está en incapacidad para desconocer un derecho patrimonial que le corresponde al accionista muerto así no se haya abierto el respectivo proceso de sucesión.

(Oficio OA/11763, del 6 de junio de 1980).

2. *DERECHO A LA SUSCRIPCION DE ACCIONES*

NEGOCIABILIDAD

En el negocio jurídico entre cedente y cesionario, respecto del derecho de suscripción, la junta directiva de la sociedad anónima es un tercero ajeno a la estipulación.

La limitación en la negociabilidad del derecho a la suscripción en toda emisión de acciones, sólo es procedente cuando así lo acuerden el cedente y el cesionario, mas no por disposición de la Junta directiva, pues el mencionado órgano social frente a las partes contratantes tiene el carácter de simple tercero ajeno a toda estipulación que hagan cedente y cesionario en el negocio jurídico en cuestión. en consecuencia, el inciso tercero del artículo 7 del reglamento no se autorizó por cuanto ello implicaría suplir la voluntad de las partes y cercenaría uno de los derechos inherentes a la calidad de accionistas, en este caso el de suscribir el número de acciones que como tal le corresponde".

(Oficio numero 17402 de 5 de noviembre de 1973)

El derecho de preferencia en la cesión

Algunos interrogantes

Existe en la ley alguna restricción a la libre negociabilidad del derecho de suscripción, distinta de la del artículo 389 del C. Co.?

En otras palabras, existe en la ley alguna limitación para que publicado o recibido el aviso de oferta, pueda un accionista ceder libremente su derecho a la suscripción de nuevas acciones?

Puede entenderse que el derecho de preferencia consagrado para la transferencia de acciones ya suscritas y pagadas, cobija la negociabilidad del

derecho a la suscripción de nuevas acciones? Es decir, un accionista que desee negociar el derecho a la suscripción debe ofrecerlo primeramente a los restantes accionistas, como si se tratara de acciones, o puede negociarlo libremente con un tercero, conforme se desprende del artículo 389 del C. de Co..?

Sobre el particular se manifiesta:

a. La posibilidad que el legislador ha establecido en el artículo 389 del Código de Comercio, consistente en que el titular de acciones negocie el derecho de suscripción de las mismas a partir de la fecha del aviso de la oferta, no está sujeta a limitación alguna en otras disposiciones legales. Por consiguiente, dicha operación puede realizarse sin necesidad del cumplimiento de requisitos adicionales, puesto que como se ha dicho, nada distinto ha ordenado la ley a este propósito.

b. En cuanto a que si para los fines de la negociación del derecho de suscripción es operante o no la cláusula que consagra la preferencia en la negociación de acciones este Despacho considera:

El derecho de preferencia en la negociación de acciones y la negociación del derecho de suscripción de que trata el artículo 389 del Código Mercantil, son absolutamente diferentes. En efecto, en el primer caso nos encontramos frente a la enajenación de acciones,vale decir de unidades en que se divide el capital social, al paso que el segundo se refiere a la negociación del derecho de suscripción, cuyo advenimiento ocurre cuando el accionista ha recibido la oferta a que está obligado el representante legal de la sociedad en toda nueva colocación de acciones, según las voces del artículo 388, inciso segundo, de la obra citada.

Siendo pues distintos los negocios jurídicos referidos y sin relación alguna en términos de principal y accesorio, no se ve por qué habría de dárseles idéntico tratamiento o lo que es igual, no aparece el motivo que permitiría aplicar a los dos la restricción que solo ha sido pactada para uno de ellos, sin caer en el error.

Desde luego, no se ha perdido de vista que, en última instancia, la finalidad de tales limitaciones contractuales viene a confundirse en la praxis, pero ello no autoriza, se repite, la utilización de un mismo instrumento cuando uno u otro de los eventos mencionados se presente.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

En síntesis: No es dable inferir que la preferencia en la negociación de acciones puede predicarse en tratándose de la negociación del derecho de suscripción.

Observando el problema desde otro ángulo, debe anotarse que las consideraciones precedentes no son óbice para que en el contrato social se pacte la preferencia para los eventos de la negociación del derecho de suscripción, habida cuenta que no existe impedimento de ley al respecto y en consecuencia, los socios constituyentes de la compañía pueden estipular en el sentido anotado con fundamento en la autonomía de la voluntad, sin que ello signifique que se esté penetrando en la esfera jurídica de quienes con posterioridad al acto de constitución ingresan a la sociedad, puesto que, como es sabido, en tales casos lo que ocurre es una simple adhesión a la carta social por parte de aquellos.

(Oficio OA-02758, del 14 de febrero de 1980).

3. LA SUSCRIPCION PREFERENCIAL DE ACCIONES CUANDO UN ACCIONISTA SEA PROPIETARIO DE UNA FRACCION MAYOR QUE OTRA.

El simple hecho de ser propietario de una fracción mayor que otra, no otorga a su titular, ni puede otorgarle, mejores derechos en desmedro de aquél que tiene una fracción minoritaria. Su derecho no es mejor, cualitativamente hablando, sino mayor.

En efecto, según las voces del artículo 388 del estatuto mercantil, los accionistas tienen derecho a suscribir de manera preferente, esto es, antes que cualesquiera otras personas, en toda nueva emisión de acciones que lleve a cabo la sociedad, "una cantidad proporcional a las que posean en la fecha en que se apruebe el reglamento". Así las cosas, el derecho de suscripción preferente viene a ser, de contera inherente a la calidad de accionista.

Por otra parte, cabe anotar que las acciones otorgan iguales derechos a sus propietarios, con lo cual existe una "par conditio" entre los accionistas, salvo en el caso excepcional de las denominadas acciones privilegiadas. Ello quiere decir que, con salvedad del evento mencionado, los accionistas tienen iguales derechos y, que, proviniendo éstos de su condición de tales, no pueden ser desconocidos por nadie y menos por una disposición de un órgano social.

Ahora bien, la proporción, esto es la relación matemática mediante la cual se determina el número de acciones que pueden suscribir los accionistas en una determinada colocación, está dada, inequívocamente, desde el momento mismo en que se establece la cantidad de acciones a colocar. Obedeciendo a principios matemáticos invariables, mal puede ser cambiada por un acto extraño a dichos principios, como sería un pronunciamiento de la Junta Directiva. Esta no establece la proporción; la observa y se limita a consignarla en el correspondiente prospecto de colocación.

Las atribuciones de la Junta Directiva, en éste y en cualquier otro caso similar, solamente pueden llegar hasta la elaboración y aprobación de un reglamento de colocación, sin perjuicio, obviamente, de los derechos que los accionistas tienen en razón de tal calidad. Y no renunciado el derecho de preferencia en los estatutos, o por decisión asamblearia, su validez es tanta con respecto a un grupo plural, y posiblemente numeroso, de acciones, como con relación a una sola acción o a una parte de ella.

De todo lo anterior se colige que una fracción de acción por alta que ella sea, no puede dar derecho a suscribir, de plano, una acción completa. Tan solo la unión de diversas fracciones, mediante negociación de las mismas, puede llevar a un accionista a reunir el equivalente a una acción y, por ende, darle derecho a suscribir, en la proporción matemática establecida previamente, la acción o acciones a que haya lugar.

(Oficio AN/8900, del 22 de mayo de 1981).

4. NEGOCIACION. NO PUEDE RESTRINGIRSE ESTATUTARIAMENTE CON CLAUSULAS INCOMPATIBLES Y AJENAS A LA NATURALEZA DE LAS SOCIEDADES CAPITALISTAS.

1. Si bien el Código de Comercio permite, dentro de la autonomía de la voluntad privada, convenir libremente aquellas estipulaciones que sean convenientes a los intereses de los contratantes, tal libertad está limitada, en el caso de las sociedades comerciales, a los convenios que sean compatibles con la índole de cada tipo societario (ordinal 14 del artículo 110 del Código de Comercio).

2. La sociedad anónima es esencialmente capitalista, de manera que los inversionistas no asumen responsabilidades, ni compromisos diferentes al de

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

pagar su aporte. Son extraños a este tipo de compañía los convenios que impongan al accionista prestaciones adicionales, tales como responder por obligaciones sociales distintas de las tributarias o, en general asumir compromisos mayores que los exigidos por la ley. Dichos pactos desnaturalizan el tipo de la sociedad anónima y por ello son incompatibles con la índole de la compañía.

Para respaldar el anterior planteamiento, es conveniente citar al profesor Gabino Pinzón quien hace una adecuada síntesis de la naturaleza de la sociedad anónima, al afirmar que, es el "...arquetipo de la sociedad de capitales, en la cual todos los asociados limitan a sus respectivos aportes su responsabilidad por las obligaciones sociales, como en la sociedad de responsabilidad limitada, según su fisonomía estrictamente legal; y en la cual la gestión de los negocios corresponde a gerentes o mandatarios temporales, libremente revocables, y no a todos los socios, ni a alguna clase especial de ellos. En ella se consuma, pues, una completa despersonalización de la sociedad y resalta y se lleva hasta sus últimas consecuencias la separación de patrimonios producida por la personificación jurídica de la sociedad; se llega así a una especie de anonimato de los socios, cuyo conocimiento resulta tan indiferente para los terceros que tradicionalmente se ha preferido en las leyes una denominación objetiva de la sociedad (...). Esa limitación total de la responsabilidad de los socios y esa eliminación consecuencial de todo ***intuitu personae****, no solo ante terceros, sino también entre los asociados, es la que ha facilitado la representación del interés social en títulos de suyo negociables que permiten la renovación o sustitución de los socios sin que se afecten ni el capital ni la empresa sociales". (Sociedades Comerciales, Vo. II Tipos o Formas de Sociedades, Tercera Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1989, páginas 4 y 5).*

3. *La cláusula en virtud de la cual se estipule por ejemplo que al adquirir las acciones de la compañía, los trabajadores se obligan bajo condición resolutoria a venderlas a la sociedad en caso de que sus contratos terminen podría dar lugar a la sanción denominada exclusión de socio que, además de ser totalmente ajena a la sociedad anónima, sería probablemente inaplicable debido a la carencia de sustento legal, jurisprudencial y doctrinario.*

El punto en estudio ha sido objeto de análisis por parte de autores y legisladores extranjeros, donde parece apreciarse una tendencia hacia la negativa de admitir dentro del tipo societario capitalista la figura de la exclusión del accionista. Lo dicho puede corroborarse con la lectura del análisis que sobre la ley española hace el tratadista Rafael García Villaverde quien afirma que no existe "utilización alguna de la exclusión en el régimen legal de las sociedades

anónimas. Sin duda, se ha querido limitar el juego de esta institución -con acierto- atendiendo a las particularidades de conformación de este tipo societario. Esto sucede con independencia de si las obligaciones conexas con la posición jurídica de socio se reducen a la aportación o presentan un contenido de mayor amplitud. Aún aceptando esta segunda postura, parece claro que el legislador no ha querido que tenga alcance resolutorio más que aquel incumplimiento y precisamente en los términos de subsidiariedad en que, según se ha visto, lo concibe. Cosa distinta, que excede el ámbito de este trabajo, es que otros posibles incumplimientos reciban su sanción, en todo caso diversa a la exclusión del socio" (La Exclusión de Socios, Causas Legales, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1977, Páginas 252 y 253).

4. *El principio general en materia de enajenación de acciones en la sociedad anónima es el de la libre negociabilidad de dichos títulos. Tal principio puede limitarse únicamente mediante el denominado derecho de preferencia en favor de la sociedad, de los accionistas o de ambos, siempre que esa limitación sea pactada expresamente en los estatutos de la compañía. La prerrogativa en comento constituye, pues, una excepción a la regla general y como tal, debe entenderse en sentido restringido, de manera que no pueden establecerse estatutariamente limitaciones mayores de las contenidas taxativamente en el artículo 403 y demás normas concordantes del Código de Comercio. Por esto es por lo que una cláusula estatutaria no puede restringir la negociabilidad de las acciones hasta extremos tales que, en ciertas circunstancias, resulte prácticamente imposible su enajenación. Por lo demás, tal como lo afirma el tratadista Gabino Pinzón, el "sentido de excepciones respecto de las limitaciones autorizadas en las leyes a la libre negociabilidad de las acciones se explica por el carácter abierto que da a la sociedad anónima la representación de las acciones en títulos negociables..." (Op. cit. pág, 150).*

(Resolución AN-2023, enero de 1991)

5. SI LA OFERTA DE LAS ACCIONES NO CUMPLE CON LA TOTALIDAD DE LOS REQUISITOS SEÑALADOS POR LA LEY, NO SE CONFIGURA Y POR ENDE NO PRODUCE EFECTO ALGUNO.

Advierte el tratadista Jaime Alberto Arrubla P., en el obra "CONTRATOS MERCANTILES, Medellín, Dike, 1987, 1a. Edc. Pág. 175 y 176, que "El negocio jurídico es fuente normativa, es la realización del poder otorgado a los particulares de crear normas jurídicas... Como expresión normativa el negocio

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

jurídico se encuentra ubicado en el más bajo de los eslabones que componen la escala del sistema jurídico, queriendo señalar con ello que la autonomía privada se encuentra supeditada a la ley. Es la ley misma quien confiere la potestad de ejercer autonomía privada a los particulares y además regula su ejercicio.

Si el ejercicio de la autonomía privada está supeditada a la ley, es en esta última donde resolvemos el problema de la validez o invalidez del negocio jurídico, porque "en la ley está la fuente de su validez". (Luigi Ferri, LA AUTONOMIA PRIVADA, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid. 1969, pág. 87). El campo de acción de los particulares en ejercicio de su potestad negocial, se limita precisamente en no poder derogar la ley a no ser que esa forma jurídica lo permita, como cuando regula en forma supletiva de la voluntad de las partes, o cuando lo hace por normas dispositivas: la ley en cambio frecuentemente deroga la voluntad negocial. Pero así como los particulares pueden ejercer su potestad creando elementos accidentales, reemplazando las normas supletivas, o los elementos de la naturaleza; deben respetar los elementos sustanciales o estructurados del tipo contractual.

El principio de la autonomía contractual, como lo señala Morello (Augusto M. Morello, "INEFICACIA Y FRUSTRACIÓN DEL CONTRATO", Lib. Edit. Plantense, Abelardo Perrot, Argentina, 1975, pág. 23)., no es absoluto sino que se encuentra sometido a limitaciones derivadas del orden público, la moral y las buenas costumbres. Cuando los particulares utilizan el negocio jurídico, como instrumento para regular sus intereses en ejercicio de la potestad que le confiere el orden jurídico, deben sujetarse a la normación establecida en la ley para la validez de los diferentes actos, so pena de ver afectados los efectos jurídicos buscados con su disposición negocial...

El Código de Comercio, por su parte atendiendo a orientaciones más modernas, sobre las diferentes categorías con que la ley responde a las indisciplinas particulares en la órbita de la negociación mercantil, distingue: Ineficacia, inexistencia, nulidad, anulabilidad, nulidad, partical, nulidad individual, inoponibilidad y finalmente conversión del negocio jurídico".

Dentro de estos eventos nos vamos a referir a la inexistencia, el profesor FERNANDO HINESTROSA FORERO, señala, (DERECHO COMERCIAL COLOMBIANO" Cámara de Comercio de Medellín; EFICACIA E INEFICACIA DEL NEGOCIO JURIDICO, pág. 196); "En términos lógicos la noción de inexistencia no sólo es ineludible sino que resulta impecable: el negocio jurídico es inexistente como tal cuando no se recorrió a plenitud su definición legal o social y, por lo

tanto, queda reducida al plano puramente social, desprovisto de juricidad o en otros términos, la conducta dispositiva es irrelevante cuando en la práctica el supuesto de hecho es incompleto o resulta contradictorio y esa falta de plenitud o esta antinomia no puede conducir más que a la nada en el campo negocial".

El Profesor GUILLERMO OSPINA FERNANDEZ, anota (REGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES Temis, Bogotá, 1978, 2a. Ed. pág. 519): "Así son condiciones para la existencia del contrato la voluntad del agente, si es un acto unipersonal, o el consentimiento de las partes, si se trata de una convención; la posibilidad física y la determinación del objeto y la forma solemne exigida respecto de ciertos actos. Dándose estas condiciones el acto jurídico existe y produce sus efectos; faltando ellas, el acto no se perfecciona ni produce efecto alguno"

El tratadista ENRIQUE GAVIRIA GUTIERREZ anota, (LECCIONES DE DERECHO COMERCIAL, Medellín, Dike, 1987, 2a. Ed. pág. 203): "La inexistencia suele confundirse con la ineficacia porque, como esta, no requiere declaración judicial; sinembargo, se trata de dos fenómenos distintos: en la ineficacia hay un acto que no produce efectos, en la inexistencia hay, en cambio, ausencia de acto, de modo que en este sentido podríamos decir que la inexistencia es aún más destructora que la ineficacia por lo demás, mientras la ineficacia es una sanción por violación grave de ciertas normas imperativas, la inexistencia no tiene sentido de castigo y es, más bien una exigencia para lograr la configuración típica de los contratos o para asegurar su certeza mediante el cumplimiento de determinada solemnidad".

El acogimiento legislativo de esta figura jurídica autónoma lo encontramos en el artículo 898 del Código de Comercio "Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales".

De acuerdo con lo anterior disposición, tenemos que dos son las causales de inexistencia:

1. Cuando falta la solemnidad exigida con sentido sustancial para la configuración del acto y.

2. La ausencia de un elemento esencial para la estructuración del acto.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Cabe agregar que la inexistencia opera de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, pues al no estructurarse el acto, mal puede producir efecto alguno; la conducta dispositiva de los particulares es irrelevante por estar desprovista de juricidad, tal como lo sostienen los profesores FERNANDO HINESTROSA FORERO y ENRIQUE GAVIRIA GUTIERREZ.

Ahora bien, a la luz de los planteamientos anteriores vamos a analizar el contrato de suscripción de acciones y específicamente el acto unilateral conocido como oferta de acciones.

El contrato de suscripción de acciones lo entendemos como aquel por el cual una persona se obliga a pagar un aporte a la sociedad, de acuerdo con el reglamento respectivo, y a someterse a sus estatutos y, a su vez la compañía se obliga a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente (artículo 384 del Código de Comercio).

Este contrato tiene las siguientes características: es consensual, bilateral, oneroso, conmutativo, accesorio, por adhesión y nominado.
Las partes de este negocio jurídico son la sociedad emisora y el suscriptor (accionistas o terceros) personas naturales o jurídicas.

En cuanto a la oferta de acciones tenemos que es un acto jurídico unilateral, proveniente de la sociedad por acciones, por el cual ésta presenta a otra (s) o al público en general un proyecto de negocio jurídico, a fin de que el destinatario o los destinatarios concurran a su celebración.

Conforme con lo dispuesto por el artículo 845 del Estatuto Mercantil, se requiere que la oferta contenga los elementos esenciales del contrato propuesto y que sea comunicado al destinatario; en este caso y según las voces del inciso segundo del artículo 388, ibídem... "por los medios de comunicación previstos en los estatutos para la convocatoria de la asamblea ordinaria", previa autorización de la Superintendencia respectiva en los casos a que haya lugar, a efecto de que sea eficaz (artículo 390 del Ordenamiento Mercantil).

Para el caso de la colocación de acciones, el proyecto respectivo (oferta), equivale al reglamento de suscripción de acciones, cuyo contenido mínimo está determinado por el artículo 386, ejusdem, el cual consagra, a su vez, los elementos esenciales del contrato de suscripción.

Como el reglamento a que se ha hecho referencia entraña la expresión de la voluntad de colocar acciones por parte de la sociedad emisora, sólo puede tener origen en el acuerdo del órgano facultado estatutariamente para ello o en su defecto por la Junta Directiva (artículo 385, ídem). El representante legal, por su parte, se limita a poner en conocimiento de los accionistas o terceros, según sea el caso, la voluntad de la compañía de colocar acciones, utilizando para tal efecto, como ya se señaló, los medios de comunicación previstos en los estatutos para la convocatoria de la asamblea ordinaria, artículo 388 antes mencionado; si la oferta se dirige a los mismos accionistas.

Se destaca que la voluntad social emana del órgano que aprueba el reglamento pero como el mismo no tiene por naturaleza aptitud para expresarla, requiere del concurso del representante legal para exteriorizarla a través del aviso correspondiente.

De lo expuesto se deriva que los requisitos para la existencia de la oferta de colocación son los siguientes:

a. *Que el reglamento de suscripción de acciones haya sido aprobado por el órgano competente, como expresión de la voluntad de la compañía de colocar acciones.*

b. *Que el acto jurídico (oferta) contenga los elementos esenciales del contrato propuesto (mínimo los señalados por el artículo 386 del Código de Comercio).*

c. *Que se cumpla con las solemnidades que la ley haya señalado para su formación (en el caso de colocación de acciones con derecho de preferencia, que la comunicación de la oferta se efectúe por los mismos medios de comunicación previstos en los estatutos para la convocatoria de la asamblea ordinaria, artículo 388 del Código de Comercio).*

En este estado, conviene recapitular lo antes expresado a efecto de puntualizar algunos aspectos del Contrato de Suscripción de Acciones y de la oferta, que da lugar al mismo.

El aludido contrato es por su propia naturaleza consensual, esto es, que para su perfeccionamiento basta el acuerdo de las voluntades. Tiene su orígen en la oferta (precontrato) que la sociedad emisora formula a sus accionistas, terceros

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

o a ambos. Dicha oferta para que sea vinculante debe cumplir con la totalidad de los requisitos señalados por la ley para su existencia, eficacia y validez.

De ordinario, la oferta no está sujeta a solemnidades especiales, artículo 845 del Código de Comercio, sin embargo y conforme a lo prescrito por el inciso 2o. del artículo 388, ídem, la oferta en los casos de suscripción de acciones con derecho de preferencia, debe efectuarse por los mismos medios de comunicación previstos en los estatutos para la convocatoria de la asamblea ordinaria, es decir, que por expresa disposición legal tal oferta es solemne.

Así las cosas, y teniendo en cuenta lo observado en el párrafo anterior respecto a que la oferta en los eventos de suscripción de acciones con derecho de preferencia, es un acto jurídico unilateral solemne, se concluye que si la oferta realizada, carece de alguna solemnidad exigida con sentido sustancial, no se configura es decir, que no se estructura el acto y por ende no puede producir efecto alguno (artículo 898 del Código de Comercio).

Con fundamento en la conclusión antes enunciada resulta que al no configurarse el acto jurídico unilateral solemne (oferta) no surge ningún compromiso de la sociedad con sus accionistas y, al no existir propuesta mal podría ser aceptada.

(Oficio AN-39536, octubre 4 de 1988)

IV - DERECHO DE VOTO

1. EL DERECHO DE VOTO Y EL DERECHO A LOS BENEFICIOS SOCIALES

1. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 379 del Código de Comercio, cada acción confiere a su propietario, entre otros, el derecho de participar en las deliberaciones de la Asamblea General de Accionistas, votar en ellas, y negociar libremente las acciones.

Este derecho, por estar consagrado y reconocido por disposiciones legales de orden público, no puede ser vulnerado o desconocido por los estatutos sociales, la Asamblea o la Junta Directiva.

Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia: "Los estatutos de la sociedad que son a modo de carta constitucional en las democracias deben

desarrollar estos principios cardinales reglamentándolos mediante la consagración de fórmulas con las cuales se definan y desenvuelvan esos derechos en forma más o menos rigurosa, pero en todo caso dentro de los limites que no impliquen o no conduzcan a su desconocimiento por caminos indirectos". (Gaceta Judicial, Tomo XLVI, pág. 542).

En razón de lo expuesto la Superintendencia conceptúa que el derecho de voto de los asociados no puede ser desconocido o suprimido en pacto alguno, por tratarse de un elemento constitutivo del status de accionista.

Se considera conveniente aclarar que en los estatutos pueden ser reglamentados los requisitos necesarios para adquirir y conservar la calidad de accionistas e incluso prever los motivos que darán lugar a demandar ante las autoridades competentes la exclusión del socio que no reúne dichos requisitos, pero en ningún caso es aceptable que se desconozca el ejercicio de los derechos esenciales del accionista, como son, entre otros, el voto y el de participar en los Beneficios Sociales.

2. El derecho de los accionistas a recibir una parte proporcional de los beneficios sociales con sujeción a la ley o a los estatutos es un derecho patrimonial derivado de la calidad de accionista que surge en abstracto a favor de los asociados, desde el momento en que se aprueba el balance y se establecen los beneficios correspondientes al mismo. La aprobación del balance consolida la situación patrimonial de la compañía en la fecha de cierre del ejercicio y determina las utilidades que queden a disposición de los asociados para que las repartan.

No obstante el ejercicio de ese derecho solo se radica en cabeza del accionista a partir del momento en que se decreta el pago de los dividendos y su pago se hace exigible en las épocas en que se determinen.

La Asamblea General de Accionistas tiene dentro de sus funciones privativas las de distribuir las utilidades y fijar el monto del dividendo así como la forma y plazos en que se pagará con sujeción estricta a lo dispuesto en la ley o en los estatutos (artículos 187 numeral 3 y 420 numeral 2 del Código de Comercio), de donde se infiere que si se cumplen los requisitos exigidos puede disponer libremente de las utilidades sociales.

(Oficio MZ-AN-01190 DEL 12 DE DICIEMBRE DE 1980).

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

2. *ES UN DERECHO ESENCIAL, INTANGIBLE E INVIOLABLE.*

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 379 del Código de Comercio, cada acción confiere a su propietario, entre otros, el derecho de participar en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas y votar en ellas.

Este derecho por estar consagrado y reconocido por disposiciones legales de orden público, no puede ser vulnerado o desconocido por los estatutos sociales, la asamblea o la junta directiva.

Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia: "Los estatutos de la sociedad que son a modo de carta constitucional en las democracias deben desarrollar estos principios cardinales reglamentándolos mediante la consagración de fórmulas, con las cuales se definan y desenvuelvan esos derechos en forma más o menos rigurosa, pero en todo caso dentro de los límites que no impliquen o no conduzcan a su desconocimiento por caminos indirectos". (Gaceta judicial, Tomo XLVI, pág.542).

En razón de lo expuesto la Superintendencia conceptúa que el derecho de voto de los asociados no puede ser desconocido o suprimido en pacto alguno, por tratarse de un elemento constitutivo del status de accionista.

Se considera conveniente aclarar que en los estatutos pueden ser reflejados los requisitos necesarios para adquirir y conservar la calidad de accionista, e incluso prever los motivos que darán lugar a demandar ante las autoridades competentes la exclusión del socio que no reúna dichos requisitos, pero en ningún caso es aceptable que se desconozca el ejercicio de los derechos esenciales del accionista, como son entre otros, el del voto y el de participar en los beneficios sociales.

(Oficio OA/05639, del 2 de abril de 1979).

3. *LA RESTRICCION DEL VOTO EN LAS SOCIEDADES ANONIMAS SE APLICA A CADA ACCIONISTA EN FORMA INDIVIDUAL.*

Si los estatutos no han previsto otra cosa, antes de tomar una decisión en las asambleas de sociedades anónimas se aplicará la restricción del voto consagrada en el artículo 428 del Código de Comercio. Para tal efecto, se suman

las acciones de los asistentes a la reunión, y al total obtenido, es decir, al total de acciones REPRESENTADAS, se liquida el 25% para determinar el número máximo de votos que en esa reunión puede ser emitido por cada accionista. Esta restricción se aplica a cada accionista en forma individual, o sea que no afecta a la persona que sobrepasa el límite de la restricción en razón de estar representando a varios accionistas cuyas acciones han sido sumadas en cabeza suya.

Si han concurrido accionistas cuyas acciones están por encima del límite indicado, se suman nuevamente las acciones representadas en la reunión, pero esta vez asignándole a los accionistas afectados con la restricción solamente el número de acciones que pueden hacer valer en la votación, y desechando el exceso. La suma que se obtenga se considerará que constituye el total de acciones presentes o representadas en la reunión, y sobre esta base se trabajará en los pasos siguientes, aún para la aplicación del cuociente electoral. En adelante, y para efectos de facilitar la exposición, este resultado será convencionalmente designado con el nombre de "SUMA BASICA".

Si para la decisión de que se trata, el quórum está determinado con base en acciones PRESENTES, a lo que es igual, REPRESENTADAS, se procederá así: a la "SUMA BASICA", se le aplica el porcentaje establecido como quórum decisorio, y el resultado será el número de votos que es preciso obtener para que la proposición quede aprobada.

Para establecer el resultado de la votación, se sumarán los votos a favor aplicándoles la restricción, y el cotejo de esta suma con el quórum decisorio determinado según las instrucciones anteriores, indicará si la proposición quedó aprobada.

Si el quórum decisorio se ha establecido no sobre acciones representadas sino sobre acciones SUSCRITAS, deberán cumplirse dos etapas, así: se suman los votos emitidos a favor, aplicándoles la restricción, y si el resultado obtenido no es igual o superior a la mitad más uno de la "SUMA BASICA", la proposición se considera negada, sin ninguna otra consideración. Si por el contrario, la proposición no quedó negada en la primera etapa, se procede a sumar de nuevo los votos emitidos a favor, pero esta vez sin aplicar la restricción, y el resultado deberá alcanzar el porcentaje de acciones suscritas exigido en los estatutos o en la ley. Por consiguiente, en la segunda etapa no se tiene en cuenta para nada la restricción, pero solo se recurre a ella sobre la base de haberse superado exitosamente la primera.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

De conformidad con las explicaciones anteriores, supóngase el caso de una asamblea a la que concurren 120.000 acciones de las 122.000 suscritas en la compañía, así: A: 80.000; B: 20.000; C: 10.000; D: 6.000 y E: 4.000.

La restricción queda determinada en 30.000 votos, que es el 25% de las 120.000 acciones representadas. Aplicada la restricción, se tiene:

A:	*30.000*
B:	*20.000*
C:	*10.000*
D:	*6.000*
E:	*4.000*
Tot.	*70.000*

En lo sucesivo, se hará caso omiso de las 120.000 acciones que están presentes, y se considera que las acciones representadas son de 70.000. Esta cifra es la que se ha designado como "SUMA BASICA".

Si para aprobar una decisión se requiere "el 75% de las acciones representadas en la reunión", se busca el 75% de 70.000 (y no el 75% de 120.000), o sea que se requerirán 52.500 votos a favor para que la proposición se considere aprobada. Si se supone que votaron a favor los accionistas A, B y E, totalizan entre ellos 54.000 votos, por lo que la proposición habrá quedado aprobada.

Si en cambio, el quórum decisorio para una determinación está fijado en "el 70% de las acciones suscritas", la aprobación de la proposición requerirá entonces 85.400 votos, o sea el 70% de 122.000 acciones que están suscritas. Se procede en primer lugar a obtener la mitad más uno de la "SUMA BASICA", lo cual da 35.001 votos. Si votaron a favor A y E la proposición se tiene por negada porque, aplicando la restricción, estos dos accionistas totalizan tan solo 34.000 votos, inferior a los 35.001 requeridos. Si por el contrario, votan a favor A y D, sus votos suman 36.000, y puede pasarse a la siguiente etapa. Se suman entonces los votos de A y D pero esta vez sin aplicar la restricción, lo que arroja un total de 86.000 votos, cifra superior a los 85.400 requeridos, por cuya razón la proposición debe considerarse aprobada.

Para determinar el cuociente electoral se procede en forma similar. Va a suponerse, partiendo de las mismas cifras, que votaron válidamente todos los concurrentes y se trata de elegir 5 miembros principales y 5 suplentes. Se tendrán entonces 70.000 votos emitidos (aplicando la restricción). Se divide 70.000 por 5 para determinar el cuociente, que será 14.000. Este resultado implica que el accionista A elige 2 principales y 2 suplentes, y deja un residuo de 2.000.

Conviene hacer las siguientes precisiones finales:

1.- La restricción es norma supletiva, por cuya razón los estatutos pueden moderar sus efectos y aún eliminarla.

2.- Por lo antes expuesto, la restricción consagrada en el artículo 428 del Código de Comercio sólo se aplica a la sociedad anónima.

3.- Habiendo, desde luego, quórum deliberativo, cuando una determinación se adopte por unanimidad, puede hacerse caso omiso de la restricción, pues no incidirá en forma alguna.

4.- Si de alguna de las operaciones indicadas resultan fracciones, deben desecharse. Así, cuando se va a determinar la mitad más uno, si la mitad es 218,5 se considera que la mitad más uno es 219. Y si al determinar el monto de la restricción, el resultado de aplicar el 25% a las acciones representadas arroja 81,75, se dirá que ningún accionista puede emitir más de 81 votos en esa reunión.

5.- Para los efectos de la restricción, es indispensable determinar, en cada votación, en qué sentido votan los accionistas afectados por ella".

(Oficio 00816 de 27 enero 1978).

4. NO OPERA LA RESTRICCION CONSAGRADA EN EL ARTICULO 428 DEL C. DE CO. PARA LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

1. El título V del Libro II del Código de Comercio, consagra el régimen legal de las sociedades de responsabilidad limitada y en su artículo 372, establece un orden preferente para la aplicación de las normas que las rigen, en el cual aparece en último término y como supletorio de la falta de previsión del título, o de los estatutos sociales, las disposiciones sobre sociedades anónimas.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

2. *El título mencionado, prevé la proporcionalidad del voto en relación con la mayor o menor inversión del capital vinculado por los asociados a la compañía, sin restricción alguna, tal como puede inferirse de la lectura del artículo 359 del Código citado que dispone: "En la junta de socios cada uno tendrá tantos votos cuantas cuotas posea en la compañía...".*

3. *Los principios que rigen la interpretación de la ley, impiden dar un sentido diferente al natural y obvio que signifiquen las palabras utilizadas en ella, así como tomar lo favorable u odioso de una disposición para ampliar o restringir su interpretación.*

Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia: "En la interpretación de las leyes prohibitivas no deben buscarse analogías o razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos claramente en la prohibición.
(cas. 14 diciembre 1898, XIV, 92).

Conforme a lo expuesto, tenemos que el derecho de voto de los asociados de una sociedad de responsabilidad limitada está plenamente reconocido por el artículo 359 del Código de Comercio, norma que prevalece en su aplicación, a las de las sociedades anónimas, por hacer parte del Título V del Libro II del Código de Comercio.

Como en dicha norma no aparece establecida ninguna restricción al derecho de voto, la Superintendencia ciñéndose a la letra y al espíritu del artículo 359 del código citado, conceptúa que a los socios de las sociedades de responsabilidad limitada, no les es aplicable la limitación del voto, prevista para los accionistas de las sociedades anónimas.

Consecuente con lo anterior se infiere que como la ley reglamenta el derecho de voto de los asociados en las sociedades de responsabilidad limitada, su aplicación no puede ser desconocida ni restringida en cláusulas estatutarias, so pena de quedar viciadas de nulidad por contrariar el artículo 359 del Código que es norma de carácter imperativo.

(Oficio OA-17325, Oct. 26 de 1979).

5. FRACCIONAMIENTO DEL VOTO EN LAS ASAMBLEAS

Cuestionamientos que se han planteado en torno a los efectos que en la práctica produce la aplicación de lo que se ha denominado la teoría de la "unidad del voto", según la cual ***un mismo accionista, cualquiera que sea su participación en el capital, debe votar con todas sus acciones en el mismo sentido****, conducen a analizar los alcances del ejercicio del derecho al voto que le asiste a los asociados como elemento constitutivo del status socii.*

En efecto, el artículo 379 del Código de Comercio al establecer los derechos que cada acción confiere a su propietario, señala en primer lugar el de "participar en las deliberaciones de la asamblea y votar en ella" lo que dentro de la clasificación tradicional lo ubica como un derecho de carácter eminentemente político, como quiera que es el medio de expresión de la voluntad del accionista a través del cual éste puede concurrir a la formación de la voluntad social; por tanto, la colaboración de la voluntad individual de cada asociado en la concreción de la voluntad social o colectiva ha de medirse en términos de capital, teniendo en cuenta que si cada acción da derecho a un voto conforme al precepto legal citado. cuantas más acciones se posean, mayor será el poder decisorio.

A este respecto la Entidad se ha pronunciado, afirmando entre otros (Oficio OA - 11315 julio 6 de 1979) que las acciones son independientes entre sí, y por tal razón los derechos que otorgan a su dueño ostentan idéntica característica, según los términos del citado artículo 379, de donde se infiere que el asociado puede perfectamente votar en el sentido que lo desee con cada una de sus acciones respecto a toda decisión o elección, sin que tal actitud implique que se desdibuje la estructura filosófica de la compañía, ni que los derechos de los accionistas minoritarios sufran menoscabo alguno, pues al contrario, con ello se hace aún más patente la igualdad cualitativa que debe existir entre quienes integran el ente moral, ni que se desconozca disposición legal alguna.

Tal criterio de independencia se reafirma además, por el hecho de que cada acción en particular puede ser gravada con prenda, e igualmente ser objeto de usufructo, anticresis, enajenación o cualesquiera otros negocios, sin que ello suponga que la suerte de un título deba ser la misma de los demás que pertenecen a una misma persona. En los casos de la prenda, el usufructo y la anticresis se aprecia claramente como la ley admite el derecho de voto en varias cabezas así la propiedad esté radicada en una sola y en esos eventos, no es posible pretender que el sentido del voto que emite el propietario con las

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

acciones libres de gravamen, deba ser igual al que decida asignarle el acreedor prendario, lo que constituye un obvio reconocimiento del derecho al voto para cada acción, antes que el derecho de voto para cada accionista.

No obstante y pese a que de acuerdo con los argumentos expuestos no queda duda respecto de la viabilidad legal de la tesis que permite la disparidad de votos emitidos por una misma persona, ***esta Entidad sostuvo anteriormente que dicha posibilidad solo era dable en la medida en que expresamente en los estatutos se pactara que los asociados podían votar en esas condiciones, pues de lo contrario, necesariamente debían votar con todas sus acciones en un solo sentido, fundamentándose tal conclusión en el hecho de que en los estatutos las compañías solían prever no la diversidad sino la unidad del voto, lo que implicaba que la misma previsión fuera tenida como una de las denominadas "claúsulas de uso común" a las que se refiere el artículo 1621 del Código Civil****.*

Sin embargo analizando nuevamente lo que en la práctica se presenta, es preciso admitir que también con relativa frecuencia se observa el hecho de que los estatutos guardan sobre el particular silencio, lo que genera en ocasiones disparidad de criterios al momento de verse avocada la sociedad a interpretar la ausencia de estipulación contractual que regule la procedencia o nó del voto en diferentes sentidos, circunstancia que se torna aún más incierta ante el vacío absoluto de que adolece nuestra legislación, ya que no existe en el ordenamiento mercantil norma imperativa ni aún supletiva que lo consagre.

Lo anterior obliga a hacer un replanteamiento de la tesis que ha sostenido esta Entidad sobre el tema cuestionado, partiendo del análisis de lo que son las cláusulas de uso común. Estas como su denominación lo indica, ***son aquellas que suelen pactarse en los contratos que sobre determinados aspectos se celebran y cuya reiteración hace que cuando por alguna circunstancia las mismas no se incluyan expresamente en un contrato en particular, se presuman incorporada a él****, por lo cual, para efecto de determinar si una cláusula es de uso común o nó, es preciso establecer si la misma realmente es de aquellas que generalmente se estipulan en contratos similares, teniendo en cuenta que el uso reiterado de esas cláusulas debe obedecer a un consenso o aceptación respecto a la viabilidad del precepto contenido en ellas, lo que supone obviamente un conocimiento generalizado del mismo y por ende de sus consecuencias, de manera que los intervinientes en el contrato en el que aquella se omita, tácitamente convendrían en su aplicación, precisamente por el carácter general que se presume acerca de ellas por parte de los sujetos cuyas relaciones ordinariamente se desenvuelven en el campo en que las mismas tienen operancia.*

En el caso del punto que se estudia, se tiene que sí en la práctica se presentan diversas interpretaciones entre las partes contratantes en cuanto al sentido en que pueden los socios votar con cada una de sus acciones y en múltiples ocasiones se guarda silencio sobre el particular, es necesariamente porque el principio según el cual deben todos los socios votar con la totalidad de sus acciones en un mismo sentido, no es un hecho de público conocimiento, sobre el cual hay consenso reiterado y asentimiento, con lo cual se desvirtúa el fundamento de hecho que ha servido de base para afirmar que tal precepto constituye una cláusula de uso común, toda vez que ***tal carácter se predica de aquellas cláusulas que "se presumen aunque no se expresen" por considerarse que por lo generalizado de su empleo a ellas quisieron las partes hacer referencia.***

Entonces no habiendo suficiente claridad sobre la permisibilidad o no del fraccionamiento del voto cuando se guarda silencio en el contrato, amén de que ciertamente y de la experiencia recogida por esta Entidad, se observa como es poco frecuente, por lo menos en la última década, que en los estatutos de las sociedades mercantiles se pacte expresamente que el accionista deba votar con todas sus acciones en un mismo sentido, este Despacho debe afirmar hoy en día, que no es aquella una cláusula de uso común*.*

Pese a lo anterior, es necesario en este punto llamar la atención en el hecho de que además del fenómeno jurídico de las cláusulas de uso común, existe el de la ***costumbre mercantil*** *acogida por nuestra legislación positiva en los artículos 3o. y siguientes del Código de Comercio, la cual a diferencia de aquellas, una vez probada adquiere la misma obligatoriedad de la ley conforme lo previene el artículo 3o. citado y en tal virtud, sólo hay lugar a sustraerse de su aplicación, cuando las partes contratantes de manera expresa así lo consagren.*

Lo dicho viene a propósito, por cuanto en el caso que nos ocupa, se tiene que la ***Cámara de Comercio de Bogotá, viene certificando que es costumbre mercantil la práctica consistente en "que un accionista titular de un número plural de acciones no fraccione su voto, votando con unas acciones en un sentido y con las restantes en sentido diferente"****, lo cual significa según el valor probatorio que la ley reconoce a las certificaciones de las Cámaras de Comercio, que dicha costumbre tiene aplicación para las sociedades domiciliadas en la jurisdicción de dicha Cámara, pues debe precisarse que no es esta una costumbre de carácter nacional, toda vez que CONFECAMARAS, que es el organismo a quien compete recopilar las mismas según lo dispuesto en el artículo 96 ibídem, no ha certificado su recopilación como tal.*

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Por lo tanto, en el evento de un conflicto de intereses originado en la interpretación del punto en cuestión por ausencia de norma estatutaria al respecto, el juez del conocimiento para efectos de la resolución del mismo, estaría llamado a considerar dicho documento como prueba de la existencia de la anotada costumbre, en razón a que el artículo 190 del Código de Procedimiento Civil precisamente señala que la costumbre mercantil puede probarse, entre otros, mediante certificación de la Cámara de Comercio correspondiente al lugar donde rija, siendo ésta por lo tanto, una prueba de carácter especial, aunque de aplicación restringida.

De todo lo expuesto concluye este Despacho que es posible el fraccionamiento del voto, ya que no hay disposición legal o principio de interpretación de los contratos que lo impida, a menos que se trate de sociedades cuyos estatutos expresamente lo prohiban, o que habiendo guardado silencio sobre el punto, se verifique con uno cualesquiera de los medios idóneos (artículos 189 y 190 del C. de P.C., en concordancia con el artículo 6o. del C. de Co.) la existencia de una costumbre mercantil contraria que le sea aplicable, cual es el caso de la certificada por la Cámara de Comercio de Bogotá.

(Oficios 220-17945 del 6 de agosto de 1993 y 220-2764 del 9 de febrero de 1994).

V - DISOLUCION DE SOCIEDADES

1. CUANDO SE ENTIENDE VALIDAMENTE PRORROGADO EL TERMINO DE DURACION.

El artículo 218 del Código de Comercio, en su ordinal 1o., establece como causal de disolución de la sociedad, el vencimiento del término previsto para su duración, si no fuere válidamente prorrogado antes de su expiración, al paso que el Artículo 219 ibídem, señala que la disolución en este caso se producirá, entre los asociados y respecto de terceros a partir de la fecha de su expiración sin necesidad de formalidades especiales.

De las disposiciones citadas, la Superintendencia dedujo que si la disolución se produce para socios y terceros desde la fecha indicada, sin necesidad de formalidades especiales, es porque tanto unos como otros están ampliamente informados de esta situación debido a la inscripción de la escritura respectiva en el registro mercantil, dado lo cual, la prórroga de la duración de la

sociedad sólo se considera válida cuando respecto de ella se han cumplido las formalidades de publicidad que garanticen su eficacia para todo el mundo, es decir, cuando se ha inscrito en el citado registro la escritura de reforma respectiva.

Esta interpretación equivale a sostener que la reforma en comento es solemne, de modo que si no se llenan los requisitos establecidos por la ley como formalidades "ad sustantiam actus", aquélla nunca llega a existir y por ende no se produce ningún efecto.

Pero, si analizamos correctamente las normas mencionadas tendremos que concluir que, mientras el artículo 219 citado solamente se refiere a la disolución por vencimiento del término de duración social, el 218 ibídem, hace alusión también a la prórroga válida de dicho término, precisamente como un medio para evitar aquélla, por lo cual, no son aplicables a la prórroga los efectos que la ley prevé sólo para la disolución.

Hecha esta distinción, procede recordar cuáles son los requisitos de validez de la prórroga del término citado, teniendo en cuenta que se trata de una reforma estatutaria. Los requisitos de validez de las reformas son, en general, los exigidos para cualquier determinación del máximo órgano social, es decir, que su adopción cuente con el número de votos previsto en los estatutos o en la ley, la ausencia de vicios en el consentimiento, la licitud del objeto y de la causa y que la decisión no contraríe norma imperativa, ni exceda los límites del contrato social (artículos 190, 899 y 900 del Código de Comercio).

Por su parte, el artículo 158 del Código de Comercio establece que toda reforma del contrato de sociedad deberá reducirse a escritura pública que se registrará como se dispone para la escritura de constitución, señalando a continuación que sin estos requisitos la reforma no producirá efecto alguno respecto de terceros aunque para los asociados los tendrá desde su adopción conforme a los estatutos.

Cabría preguntarse si las formalidades establecidas en la última norma citada pueden considerarse requisitos para la validez de la reforma. La respuesta es negativa. Al señalar el artículo en comento que la falta de escritura y de su inscripción en el registro mercantil implica que la reforma no produzca efectos respecto de terceros, está consagrando impropiamente la inoponibilidad de la misma a los terceros, inoponibilidad que el artículo 901 ibídem, atribuye a la falta de los requisitos de publicidad que la ley exija, de donde podemos deducir que

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

las formalidades de la escritura y su registro son de publicidad solamente y no de validez.

La inoponibilidad de los actos a los cuales faltan los requisitos de publicidad señalados por la ley, según lo expuesto, no hace relación a la validez del negocio mismo, la cual existe antes de que puedan cumplirse dichos requisitos, pues se deriva de condiciones que operan en la formación intrínseca del negocio y excepcionalmente del cumplimiento de formalidades externas, caso en el cual la ley señala expresamente esta circunstancia.

En conclusión, la prórroga del término de duración de una sociedad es válida desde el momento en que se adopta la determinación por la asamblea o junta de socios, aunque no se hayan cumplido los requisitos de publicidad que exige el artículo 158 del Código de Comercio, y por consiguiente la disolución no se produce, aunque esta circunstancia no sea oponible a los terceros, antes del registro mercantil de la escritura pública que contenga la reforma.

(Oficio OA/10266, del 12 de junio de 1981).

2. DIFERENCIA DE LAS CAUSALES DE DISOLUCION CONTENIDAS EN LOS ARTICULOS 218 NUMERAL 6 Y 457 DEL CODIGO DE COMERCIO

La causal de disolución por pérdidas contemplada en el artículo 457 del Código de Comercio,tiene carácter declarativo, no obstante el reconocimiento que de ella haga el máximo órgano social, por lo cual no requiere autorización de esta Entidad, como sucede con la causal contemplada en el artículo 218 numeral 6o. del estatuto mercantil, que tiene carácter constitutivo.

Es necesario distinguir que la causal prevista en el numeral 6. del artículo 218 del Código de Comercio, es diferente de la consagrada por el numeral 2. del artículo 457 de la misma obra.

De la primera, es decir, "Por decisión de los asociados, adoptada conforme a las leyes y al contrato social", merecen destacarse las siguientes características:

1. Es una reforma a la cláusula o artículo de los estatutos que en cumplimiento del numeral 9° del artículo 110 del Código de Comercio, fije en

forma precisa el término de duración de la compañía (artículo 162 en concordancia con el inciso segundo del 219 ibídem);

2. Consecuente con lo anterior, es verdaderamente voluntaria y tiene su origen en la voluntad social, sin que para ello sea menester la existencia de presupuestos distintos.

En el caso de las sociedades por acciones, su adopción requiere el voto favorable de un número plural de accionistas que represente cuando menos el setenta por ciento (70%) de las acciones representadas en la reunión, salvo que en los estatutos se exija un número mayor de votos (161 y 421 ibídem);

3. Tal decisión no es simplemente declarativa, sino constitutiva de la causal de disolución;

4. Es aplicable a todo tipo de sociedad;

5. De acuerdo con lo previsto en el numeral 26 del artículo 6° del decreto 2155 de 1992, es una de las reformas que requiere autorización de esta Superintendencia;

6. Puede ser acordada en cualquier momento por el máximo órgano social, siempre que se observe la plenitud de las formalidades legales y estatutarias y, en particular, las relativas a convocatoria, quórum y mayorías;

7. Finalmente, el órgano rector puede revocarla en cualquier momento antes de perfeccionada su inscripción en el registro mercantil de la Cámara de Comercio respectiva.

En cuanto a la segunda,la ocurrencia de pérdidas que disminuyan el patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito, podemos destacar los siguientes aspectos:

1. No es una reforma a los estatutos sociales, y por tal razón, no está prevista dentro del supuesto que trae el numeral 26 del artículo 6° del decreto 2155 del 30 de diciembre de 1992;

2. No es voluntaria y como tal, debe ser declarada por el máximo órgano social, si dentro del término que trae el inciso segundo del artículo 459, no se han adoptado las medidas tendientes a enervarla;

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

3. *En este mismo orden de ideas, de acuerdo con lo señalado en el numeral 24, artículo 6° del decreto 2155 de 1992, la Superintendencia de Sociedades puede declararla en las sociedades sometidas a su vigilancia;*

4. *Está prevista como causal de disolución para las sociedades en comandita por acciones (artículo 351), de responsabilidad limitada (artículo 370) y anónimas (artículo 457);*

5. *Requiere de la configuración del supuesto de hecho que trae el numeral 2. del artículo 457;*

6. *Configurado el supuesto, el representante legal debe convocar inmediatamente a la asamblea general para informarla completa y documentadamente de su ocurrencia, a efectos de lograr, o bien la adopción de medidas tendientes al restablecimiento del patrimonio por encima del cincuenta por ciento del capital suscrito, o en su defecto, la declaración de la causal y con ello, de la disolución de la sociedad;*

7. *Agotados los recursos tendientes al restablecimiento del patrimonio sin que ello fuera posible, indefectiblemente la sociedad debe ser liquidada.*

Así las cosas, cuando que la causa o fundamento de la declaración de disolución, fuere la ocurrencia de pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito, lo procedente es el otorgamiento e inscripción de la correspondiente escritura pública en la Cámara de Comercio.

(Oficio 320-30593 diciembre 26 de 1994)

3. LA NORMA ESTATURARIA QUE SEÑALA COMO CAUSAL DE DISOLUCION EL HECHO DE QUE EL 75% O MAS DE LAS ACCIONES LLEGUE A PERTENECER A UN SOLO ACCIONISTA PRIMA SOBRE EL ARTICULO 457 DEL CODIGO DE COMERCIO.

Empecemos por determinar, a qué se denomina causales de disolución: Son aquellos hechos o circunstancias especiales que producen la terminación de la sociedad y que están establecidos en la ley, o en el contrato.

La ley ha querido que dentro del contrato se señale el término de duración de la sociedad y las causales de terminación de la misma (artículo 110 ordinal 9o. del Estatuto Mercantil). Lo expuesto está indicando que el legislador permitió que fueran los mismos interesados quienes señalen las circunstancias dentro de las cuales se produciría la terminación de la compañía.

Ahora bien, las causales de disolución unas veces tienen su origen en la ley y son legales y otras son simplemente convencionales o contractuales, pactadas dentro del contrato.

Dentro del campo de la libertad contractual, los socios están en la posibilidad de señalar circunstancias especiales frente a las cuales quieren que termine el contrato. Se trata de la ocurrencia de un hecho conocido única y exclusivamente por los socios; no es una modificación del contrato, precisamente todo lo contrario, es la aplicación de la cláusula que considera como causal de disolución, una circunstancia especial. Entonces, la manifestación o declaración de los socios no produce la disolución sino la reconoce, como en el caso en mención que tipifica dentro de las causales convencionales señaladas, donde los asociados han fijado previamente como causal de disolución el hecho o condición de que el 75% o más del capital se concentre en una sola persona, siendo más estricta esta cláusula que la previsión legal que señala el 95%. En consecuencia, es la estipulación contractual la que se debe aplicar.

(Oficio AN-07185 mayo 26 de 1988).

4. NATURALEZA JURIDICA DE SU DECLARATORIA.

Esta Entidad conceptúa que cuando la Junta de Socios o la Asamblea General de Accionistas declara disuelta la sociedad por ocurrencia de una de las causales previstas en los estatutos, distintas de las indicadas en el artículo 219 del Código de Comercio, no hay lugar a una reforma del contrato, en atención a las siguientes consideraciones:

En primer lugar, porque -en sentido lógico- se trata del cumplimiento o desarrollo del contrato, antes que una reforma del mismo. Al respecto conviene destacar uno de los principios que acogió nuestro legislador en el capítulo V, Título 1o., Libro Segundo del Código de Comercio: La distinción entre lo que debe entenderse por una verdadera reforma y lo que es un simple acto de ejecución del contrato. Dicho principio fue planteado por la Comisión Redactora

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

del Código de Comercio de 1958, en los siguientes términos: "La reforma tiene por objeto alterar las reglas pactadas por los socios para regular las relaciones a que da origen el contrato, sea entre ellos, sea entre la sociedad y los terceros; cualquier acto con el cual se desarrollen o cumplan esas reglas carece del sentido de una reforma, y no está sujeto, consiguientemente, a las normas que rigen para ésta." (1) Como se ve, en el evento cuestionado no se alteran esas reglas sino, más bien, se cumplen.

De otra parte, si se tratara de una reforma del contrato no se explica por qué el legislador exige para el caso"...el cumplimiento de las formalidades exigidas para las reformas del contrato social". Esta frase del artículo 220 del Código de Comercio cobra sentido en el entendimiento de que no se trata de una modificación de los estatutos; de lo contrario, sobraría tal requerimiento.

No es aceptable afirmar que la declaratoria constituye una reforma estatutaria por mandamiento del artículo 162 del Código de Comercio, como quiera que, de todas maneras, conlleva una disolución anticipada. En efecto, la disolución anticipada a que alude el artículo 162, ídem, es aquélla que se presenta cuando los asociados acuerdan la terminación del contrato, sin que obre causal alguna. Es la misma figura prevista en el artículo 219, inciso segundo, del Código de Comercio, cuando dispone: "La disolución proveniente de decisión de los asociados se sujetará a las reglas previstas para la reforma del contrato social." (el subrayado es nuestro). Consiste, pues, en una reforma estatutaria, en cuanto que la voluntad directa o inmediata del máximo órgano social es modificar el artículo que prevé el término de duración de la compañía. En esta situación la determinación de la Asamblea o de la Junta de Socios es constitutiva de la disolución. Todo ello a diferencia de lo que sucede en el supuesto del artículo 220, ídem, en el pronunciamiento del supremo ente colectivo es declarativo toda vez que la sociedad ya se encuentra en la causal.

Ahora bien, esta distinción implica que la declaratoria de disolución puede adoptarse con el quórum decisorio ordinario, salvo que los estatutos consagren una mayoría diferente. Y es que no habría razón para sostener que el enervamiento de la causal no exigiera una mayoría calificada, excepto si requiere una reforma del contrato, y para declarar disuelta la sociedad se necesitara una mayoría especial. En el mismo orden de ideas hay que llamar la atención sobre el artículo 220, citado, el cual sujeta la declaratoria de disolución a las formalidades previstas para las reformas, con el ánimo de darle publicidad al acuerdo, pero no dispone -como si lo hace el inciso segundo del artículo 219 del Código de Comercio -que la decisión se someta a las reglas previstas para la modificación del

contrato. Mientras el término "formalidades" simplemente sujeta la determinación del máximo órgano social a formas predeterminadas (otorgamiento de una escritura y registro de la misma en la Cámara de Comercio), la expresión "reglas de la reforma" implica, además la observancia de tales formas, el acatamiento de la mayoría propia para modificar válidamente el contrato."

(Memorando del 15 de diciembre de 1978).

5. POR EXPIRACION DEL TERMINO PREVISTO PARA SU DURACION LA SOCIEDAD QUEDA DISUELTA INMEDIATAMENTE. SU LIQUIDADOR ES UN MERO ADMINISTRADOR DE LOS BIENES DE LA COMPAÑIA.

La sociedad, una vez vencido el término de su duración previsto en el contrato, sin que se hubiere prorrogado válidamente antes de su expiración, queda disuelta inmediatamente, es decir, por ministerio de la ley, ya que se hace innecesaria cualquier formalidad posterior para que produzca la plenitud de sus efectos entre los socios y respecto de terceros, pues el ente societario de inmediato entra en el proceso de liquidación del patrimonio social, sin la posibilidad de iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto social, so pena de responsabilidad solidaria e ilimitada del liquidador y del revisor fiscal que no se hubiese opuesto a efectuarlas; y, el nombre de la sociedad debe adicionarse con la expresión "En liquidación", para información de los terceros.

Disuelta la sociedad, el proceso de liquidación está a cargo del liquidador, ya sea que todos los socios asuman esta función directamente o que la encomienden a alguno o algunos de ellos o, a uno o varios extraños como es la regla general. En cualquiera de estos casos la liquidación se hace del mismo modo, son iguales las responsabilidades de los liquidadores por cuanto dichas funciones y las responsabilidades que ellas acarrean son objeto de preceptos que, no obstante las estipulaciones de los socios, forman parte del régimen legal de todas las formas de sociedad comercial. En otras palabras, el liquidador es un administrador especial, con funciones más limitadas en su comprensión que la del representante legal o administrador general de una sociedad en funcionamiento, pero más importante en su ejercicio y en sus efectos. Es así como ese administrador en desarrollo o ejercicio de las funciones indicadas en el artículo 238 del Código Mercantil, entra a concluir los negocios pendientes al tiempo de la disolución, a pedir cuentas a los administradores anteriores, a realizar los activos sociales, a pagar a los terceros y a distribuir entre los socios el remanente de los activos, con todas las operaciones preparatorias, complementarias o

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

conexas indicadas en las distintas disposiciones de la obra mercantil que regulan el proceso de la liquidación.

A diferencia de un representante legal de la sociedad, como persona jurídica, el liquidador es un mero administrador de los bienes de la compañía, no como medio de desarrollo de la empresa social, sino como simple medio de pago de las obligaciones contraídas con ocasión de la existencia y el funcionamiento de la sociedad tanto con terceros como con los mismos asociados.

El nombramiento del liquidador y su suplente se registrará en la Cámara de Comercio del domicilio social y sólo a partir de la inscripción tendrán las facultades y obligaciones de liquidadores. (Artículo 228 del Código de Comercio).

Mientras no se haga y se registre el nombramiento de liquidadores, el representante legal seguirá ejerciendo las funciones de administrador de la compañía, (Artículo 227 ibídem). Sólo cuando se agoten los medios previstos en la ley o en el contrato para hacer la designación de liquidadores y esta no se haga, cualquiera de los asociados podrá solicitar a la Superintendencia de Sociedades que se nombre el liquidador.

De conformidad con el artículo 222 del Código citado, se establece que las sociedades en liquidación conservarán su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a su inmediata liquidación, ya que lo que se pretende es extinguir las vinculaciones jurídicas o económicas que existan entre los socios en razón al contrato social y las originadas con terceros en desarrollo de la actividad propia para la cual fue constituida. El liquidador debe ejecutar los actos necesarios para conservar los bienes sociales y mantener la integridad del patrimonio que constituye en primer término la prenda general de los acreedores y, en segundo lugar, el derecho patrimonial de los asociados. (Artículo 238 de la Obra Mercantil).

(Oficio EL-0645, enero 18 de 1991).

VI - DIVIDENDOS

1. DIVIDENDOS EN SOCIEDADES EN COMANDITA SIMPLE Y EN COMANDITA POR ACCIONES.

Cuando en el contrato no se estipula la participación del socio gestor en las utilidades, la participación de éste es equivalente a la del mayor aporte del capital (artículo 150, parágrafo, del C. de Co.).

Cuál es el mecanismo legal para la distribución de utilidades entre socios gestores y socios comanditarios, en la en Comandita por acciones?

Según el artículo 332 del Código de Comercio, norma común a las sociedad en comandita simple y a las en comandita por acciones, "las utilidades sociales se distribuirán entre los socios gestores y comanditarios en la forma estipulada en el contrato" y a falta de estipulación "las utilidades se repartirán entre los comanditarios a prorrata de sus cuotas o acciones pagando previamente el beneficio de los socios gestores".

Esta disposición, como puede observarse, prevé la forma como han de distribuirse las utilidades entre los socios comanditarios, en el caso de que no exista estipulación contractual en tal sentido. Sin embargo, nada dice respecto a la forma como esa distribución se hará entre los gestores, cuando nada se exprese sobre el particular en el contrato social.

No obstante lo anterior, la Superintendencia considera que en ese evento la actividad del socio gestor, para los efectos de determinar su participación en las utilidades, y sólo para ellos, debe asimilarse a un aporte de industria o trabajo, sin estimación de su valor y, por lo tanto, tendrá derecho a una participación equivalente a la del mayor aporte de capital, según la regla establecida en el parágrafo del artículo 150 del Código de Comercio.

Naturalmente, si la actividad del socio gestor es considerada como un aporte de industria estimado en un valor y destinado a liberar cuotas de capital, en tal evento su participación en las utilidades, por lo que respecta a las cuotas liberadas, se regirá por las reglas del artículo 332 del Código citado.

(Oficio número OA/05401 del 17 de abril de 1973).

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

2. LA PRESCRIPCION OPERA RESPECTO DE LAS SUMAS DEBIDAS A LOS ASOCIADOS. EN LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD NO DEBEN RELACIONARSE COMO PASIVO EXTERNO LAS OBLIGACIONES PRESCRITAS. LOS TITULOS DE ACCIONES NO PRESCRIBEN.

Conforme con lo ordenado por el artículo 156 del Código de Comercio, las sumas que se deban a los socios por concepto de utilidades forman parte del pasivo externo de la sociedad y pueden exigirse judicialmente. Agrega la norma que al efecto prestarán mérito ejecutivo el balance y la copia auténtica de las actas en donde consten los acuerdos válidamente aprobados por la asamblea o junta de socios.

Ahora bien, al tenor de lo dispuesto por el artículo 2512 del Código Civil, el vocablo "prescripción" tiene dos acepciones a saber: una como modo de adquirir las cosas ajenas y otra como modo de extinguir acciones y derechos igualmente ajenos.

Para los fines del presente concepto, solo interesa la prescripción extintiva, a la cual es del caso referirse así: El ordinal 10o.) del artículo 1625 ibídem, alude a la prescripción como un modo de extinguir las obligaciones. Por su parte el artículo 2535 de la misma obra, también se refiere al fenómeno jurídico citado, pero sin hacer mención de las obligaciones, pues habla únicamente de las acciones y derechos ajenos. En efecto, dice la norma invocada: "La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones".

"Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible".

Como se observa, el fundamento del precepto no es otro que la inacción del acreedor para hacer valer sus derechos dentro del término que la ley señala para que, dentro de él, se ejerzan las acciones correspondientes. Procede por la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que el derecho sea prescriptible; b) la inacción del acreedor para reclamarlo y c) transcurso de cierto tiempo.

Por otro extremo conviene tener presente que si la prescripción afecta la acción, no por ello desaparece en todos los casos el derecho, pues basta recordar que el artículo 2536 del Código Civil dice:

"La acción ejecutiva se prescribe por diez años, y la ordinaria por veinte".

La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso "de diez años, y convertida en ordinaria durará solamente otros diez".

Nótese que el transcurso de cierto lapso (10 años) sin que el titular de un crédito con mérito ejecutivo haya hecho efectiva la obligación a cargo del deudor, extingue la acción ejecutiva. En consecuencia, vencido aquel término, el acreedor no podrá recurrir a los trámites de la vía ejecutiva, pues la acción ya ha caducado, sin que por tal hecho el crédito se haya extinguido, ya que bien puede su titular hacerlo valer por la vía ordinaria durante los diez años siguientes, transcurridos los cuales la prescripción extingue la obligación civil de deudor y, por ende, el crédito y la acción. No sobra advertir que la prescripción, a diferencia de la nulidad, no requiere declaración judicial, sino que debe ser alegada para los fines de su reconocimiento. (Art. 2513 C.C.).

Observando el asunto desde el ángulo que se ha comentado, es evidente que las sumas adeudadas por la sociedad a título de dividendos y que, como se ha dicho, forman parte del pasivo externo de aquélla pueden prescribir según lo expuesto.

Lo dicho no encuentra tropiezo alguno en el común de los casos, o más exactamente mientras la sociedad deudora no llega al estado de disolución, pero sí, eventualmente, con tal motivo por las siguientes razones:

Establece el artículo 222 del Código de Comercio que una vez disuelta la sociedad se debe proceder de inmediato a su liquidación. Como secuela del referido estado, advierte la misma disposición que la compañía no podrá iniciar operaciones en desarrollo de su objeto, que conservará su capacidad únicamente para los actos necesarios a tal inmediata liquidación y que cualquier operación o acto que no tienda a esa finalidad, con excepción de los expresamente autorizados por la ley, hará responsables frente a la sociedad, a los socios y a los terceros, al liquidador y al revisor fiscal que no se hubiere opuesto.

Importa destacar aquí, de manera especial el querer del legislador en cuanto a que la liquidación del patrimonio societario debe efectuarse inmediatamente ocurra la disolución de la compañía, erga omnes, vale decir, sin más dilaciones que aquellas consagradas en la propia ley (términos) dentro del período extintivo objeto de comentario.

No es el propósito de este oficio hacer una presentación rigurosa de este lapso de la vida pasiva social, ni explicar los diversos pasos que lo constituyen.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Pero para lo que interesa, debe indicarse que naturalmente la liquidación implica la elaboración del inventario del patrimonio social, que en el caso de las sociedades por acciones debe ser presentado para su aprobación ante esta Superintendencia (Art. 233 C. de Co.) en la cual tiene lugar el trámite administrativo de ley (Art. 235 y 236 ibídem). El inventario referido debe incluir, además de la relación en forma pormenorizada de los diversos activos sociales, la de todas las obligaciones de la compañía, con especificación de la prelación u orden legal de su pago, incluso de aquellas que puedan llegar a afectar eventualmente su patrimonio, como las condicionales, las litigiosas, las fianzas, los avales, etc. (Art. 234 opc. cit.). Como nota de utilidad, debe ponerse de relieve que los bienes así inventariados obviamente constituyen el elemento material básico para la liquidación, dan certeza, o por lo menos certidumbre, del activo y pasivo que conforman el patrimonio social y, como lo indica, en lo pertinente, el artículo 242 del Código de Comercio, determinan los límites de la responsabilidad de los liquidadores como tales respecto de los asociados y de terceros, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 243 de la misma obra.

En términos generales puede afirmarse que la liquidación del patrimonio de las sociedades se efectúa esencialmente mediante la realización del activo por el liquidador y el pago del pasivo externo e interno, en su orden. Ya se dijo atrás, que las sumas debidas a los socios por concepto de utilidades forman parte del pasivo externo de la compañía, o sea aquél que está conformado por cuanto ella adeuda a terceros y en este caso específico a los propios socios por expreso mandato legal. Se trata pues de obligaciones sociales que, si no han prescrito, deben aparecer como tales en el nombrado inventario que ha de servir de base para la liquidación.

No existe norma alguna que fije término para el pago del pasivo externo ni para llevar a cabo el trámite liquidatorio y ello es apenas lógico, porque la duración de tal labor depende de la complejidad o facilidad de las situaciones de cada sociedad. Pero no debe perderse de vista la orden perentoria del artículo 222 del Código de Comercio, para aludir a la necesidad de que la etapa de liquidación debe iniciarse tan pronto ocurra la disolución social, de suerte que una vez realizado el activo, el liquidador ha de proceder en primer lugar a la cancelación del pasivo externo, con estricta sujeción a las normas legales sobre prelación de créditos (Art. 242 -inciso 1o. C. de Co.).

Desde luego que la cancelación del pasivo externo implica que el liquidador efectúe una serie de operaciones encaminadas a liberar a la sociedad de las obligaciones que sobre ella pesan por este concepto, aún cuando ello no

siempre se logre por insuficiencia de activos, ante lo cual la ley regula el aspecto, según sea el tipo de compañía cuyo patrimonio se liquida. Es dentro de este ámbito (el del pago del pasivo externo) en donde puede surgir un aparente problema relacionado con el hecho de no haber prescrito para entonces obligaciones consistentes en sumas debidas por la compañía a algunos socios, frente a la exigencia de ley respecto a la inmediata liquidación patrimonial, porque no es dable desconocer el lapso veintenario sobre el cual se ha hablado en materia de prescripción, cuyos efectos son plenamente liberatorios para la sociedad tan pronto ocurre su vencimiento. En verdad, la ley comercial no ha regulado expresamente el caso del socio que por una u otra razón no cobra cuando es debido su dividendo, pero a quien, no obstante, asiste el derecho de hacerlo mientras no se de la prescripción.

Esta situación particular hace recordar que, si bien es cierto que existen vacíos en la ley, no lo es menos que ello no ocurra así en el derecho; de ahí que la ciencia jurídica haya ideado los procedimientos de integración, dentro de los cuales se encuentra la analogía. A ella se acude en ausencia de norma legal que regule un cierto caso para aplicar en su virtud la disposición que rige frente a otro semejante, si existe idéntica razón para resolver de igual manera (ubi eadem est legislatio ibi eadem est dispositio). Nuestro Código de Comercio consagra este principio de integración en su artículo primero, al ordenar: "Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas". Así las cosas, el problema planteado encuentra perfecta solución en el artículo 245 ibídem, el cual es del siguiente tenor:

"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.

"En estos casos no se suspenderá la liquidación, sino que continuará en cuanto a los demás activos y pasivos. Terminada la liquidación sin que se haya hecho exigible la obligación condicional o litigiosa, la reserva se depositará en un establecimiento bancario".

Es conveniente destacar que lo que permite hacer uso de la norma transcrita, en los eventos de obligaciones no prescritas de la sociedad consistentes en sumas debidas a los socios a título de utilidades, es la forma inmediata como

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

debe procederse a la liquidación, circunstancia ésta nítidamente reflejada en el inciso segundo de la disposición referida y que guarda perfecta armonía con el artículo 222 op. cit. en lo pertinente; pero no a que con fundamento en la analogía se pretenda cambiar la naturaleza de tales obligaciones ya exigibles, para tornarlas en condicionales o litigiosas, con lo cual se obraría en forma indudablemente equivocada.

El hecho de que la prescripción opere respecto de las sumas que la compañía adeuda por concepto de utilidades, una vez transcurrido el término de ley, no significa que como secuela de ello, en rigor, ocurra un aumento de capital el cual como es sabido constituye una expresión matemática susceptible de ser modificada mediante la correspondiente reforma estatutaria. Tratándose de la sociedad anónima, la ley habla de capital autorizado, suscrito y pagado, pero no es del caso entrar aquí en la explicación de cada uno de ellos, sino que es suficiente advertir que no es acertado confundir el capital con el patrimonio social (liquidable en el evento de la sociedad disuelta). Si ciertas obligaciones relacionadas con utilidades han prescrito, simplemente no existen, es decir que el patrimonio en liquidación referido no se halla afectado con motivo de esas antiguas obligaciones, todo lo cual quiere decir, en última instancia, que el pasivo externo se ve disminuído por obra de la prescripción.

Es oportuno hacer estas distinciones: Uno es el fenómeno de la prescripción civil de la deuda como del crédito y de la acción relativos a las sumas que la compañía debía a los socios, y otra cosa perfectamente distinta, los títulos de las acciones que pertenecen a esas personas, cuya clara significación viene dada por el artículo 375 del Código de Comercio, al señalar: "El capital de la sociedad anónima se dividirá en acciones de igual valor que se representarán en títulos negociables".

Antes de otras consideraciones, para un mejor entendimiento del asunto, vale la pena referirse así sea someramente al sentido jurídico de la expresión "título". Entre las varias acepciones se encuentra la que, en primer lugar, aparece en el Diccionario Jurídico "Forum" (Maymask y Cañadas). Allí se lee: "Título: Causa en cuya virtud poseemos alguna cosa". Entre una de las acepciones que trae el Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas se dice al efecto" "...Fundamento de un derecho u obligación; documento que prueba una relación jurídica; documento que acredita una deuda pública o un valor mercantil".

Los títulos de acciones, como documentos representativos de las partes en que se divide el capital de la sociedad (anónima para el caso) justifican la calidad

de accionista del titular (Art. 399 C. de Co.) y de aquéllos no es predicable propiamente la prescripción, pues este fenómeno solo afecta obligaciones, derechos y las acciones que de éstos nacen en los casos consagrados en la ley, según lo ya anotado sobre este punto.

(Oficio OA-04480 del 13 de marzo de 1985)

3. *PAGO OPCIONAL DEL DIVIDENDO EN ACCIONES*

Cuando el máximo órgano social determina que los dividendos serán pagados en acciones o en efectivo a elección del accionista, se configura una obligación.

Sobre el particular y al tenor de lo dispuesto por el artículo 1.556 del Código Civil, como obligación alternativa debemos entender "aquella por la cual se deben varias cosas, de tal manera que la ejecución de una de ellas exonera de la ejecución de las otras".

Lo anterior por cuanto expresamente se ha pactado que el pago de dividendos se hará, bien en acciones o bien en dinero, a elección de cada accionista-acreedor (inciso segundo, artículo 1.557 del Código Civil);

En este orden de ideas, para los efectos del artículo 156 del Código de Comercio, el balance general de la sociedad y el acta respectiva acreditan un pasivo externo en favor de los accionistas, por una suma cuyo pago deberá verificarse en dinero efectivo o, alternativamente y si así lo prefiere y manifiesta el accionista, mediante la liberación de acciones conforme la asamblea lo hubiere dispuesto y hasta la cantidad que le corresponda según el número de acciones de que sea titular.

Hechas las anteriores precisiones, procede el Despacho a resolver las inquietudes que surgen en forma a tal hipótesis:

1. En el evento que la asamblea no haya fijado un plazo o término dentro del cual deban los accionistas pronunciarse para los efectos de la aceptación del pago de dividendos en uno u otro sentido, no se puede descuidar que toda utilidad debe ser pagada dentro del año siguiente a la fecha en que se decreta (art. 156 citado), por lo cual corresponde a la Junta Directiva de la sociedad fijar ese plazo, que deberá ser igual para todos los accionistas, dentro del límite legal señalado.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

2. *Si se vence el término sin que medie pronunciamiento del accionista, rige la regla general del pago de dividendos en dinero efectivo (artículos 156 y 455 obra citada).*

Si bien, en principio, para el Derecho el silencio no produce efectos, en el caso en comento debe interpretarse con un sentido esencial y teleológico, según el cual, quien participa en una sociedad comercial es con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social (artículo 99 ibídem).

3. *Consecuente con lo afirmado, no puede la Junta Directiva abrogarse una potestad o facultad exclusiva del accionista, como es la de disponer de sus propias acreencias (mientras todo dividendo decretado hace parte del pasivo de la sociedad, correlativamente el derecho subjetivo para reclamar su cancelación es un activo del accionista). Luego entonces, no puede la Junta estipular que en ausencia de respuesta el dividendo será pagado en acciones.*

(Oficio 320-40144, Julio 28 de 1995).

VII - DOMICILIO

1. DOMICILIO PRINCIPAL Y DOMICILIOS SECUNDARIOS - ES PERMITIDA LA COEXISTENCIA DE VARIOS DOMICILIOS A CONDICION DE QUE UNO DE ELLOS SE DETERMINE COMO PRINCIPAL PARA LOS EFECTOS PREVISTOS EN LA LEY

Entre los varios atributos de la personalidad encontramos el del domicilio y tratándose de la persona natural éste se halla descrito en el artículo 76 de nuestro Código Civil como aquél que "...consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella.", de ahí que el domicilio se pueda definir como el lazo o vínculo jurídico que une a una persona con el lugar determinado.

No obstante el artículo 83 de la misma obra, acoge el principio de la pluralidad de domicilios pues allí se plantea la posibilidad de que un individuo pueda tener más de uno. En efecto reza dicha disposición que "Cuando ocurran en varias secciones territoriales, con respecto a un mismo individuo, circunstancia constitutiva de domicilio civil, se entenderá que en todas ellas lo tiene;...".

Por su parte el artículo 86 ídem, señala que tratándose de establecimientos, corporaciones y asociaciones reconocidas por la ley, el domicilio es el lugar donde está situada su administración o dirección, salvo lo que dispusieren sus estatutos o leyes especiales (subrayo).

De lo anteriormente resaltado se puede concluir que al igual de lo que sucede con las personas naturales, la legislación civil consagra también para las personas jurídicas la pluralidad de domicilios, pues si bien es cierto que dicha disposición consagra en principio que el domicilio de estas personas será el lugar donde está ubicada su administración, también lo es que la misma norma legal permite que en los estatutos se establezca otra cosa, pudiéndose con base en esta facultad, pactar uno o más domicilios.

Es cierto que en la práctica el domicilio siempre se ha tomado como uno solo, sin embargo como se expuso anteriormente, la legislación civil no impide que las sociedades, al igual que las personas naturales puedan gozar de la posibilidad de una pluralidad de domicilios, si en forma precisa y específica lo estipulan los asociados contractualmente, por lo cual se puede afirmar que la pauta que marca el domicilio de una sociedad de acuerdo con la norma precedente, es la voluntad de los asociados plasmada en los estatutos.

En lo que a la legislación mercantil se refiere, ésta a diferencia de la civil, no define el concepto de domicilio y tratándose de sociedades mercantiles sólo hace simples referencias a la aludida expresión, de manera que al tenor de lo dispuesto en el artículo 2o. del Código de Comercio, puede señalarse también que en el caso de estas sociedades, y en lo que al domicilio se refiere, ha de atenerse a lo dispuesto sobre el particular en los estatutos de la compañía.

Lo anterior se reafirma una vez mas si observamos con detenimiento las distintas normas mercantiles, de lo cual podemos darnos cuenta que éstas en forma repetitiva hacen alusión indistintamente a las expresiones domicilio principal y domicilio social, pero en todo caso destacándose que la exigencia legal es la de que las sociedades tengan un domicilio principal, lo que permite inferir , dada la utilización de la expresión "principal" que la ley acepta la existencia de varios domicilios, a condición de que uno de ellos se señale como principal para los efectos previstos en la misma ley.

Entonces resulta obvio inferir, que si la intención del legislador hubiese sido que las sociedades únicamente pudieran tener un solo domicilio, no se

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

justificaría el que se hubiese utilizado reiteradamente la expresión "domicilio principal".

Visto entonces que la sociedad puede tener uno o más domicilios y que siendo varios, uno de ellos debe señalarse como principal, mientras que los restantes serán "otros domicilios", corresponde ahora adentrarnos en la inquietud referente a si tales domicilios son los que corresponden a la sede de las sucursales, como lo ha entendido parte de la doctrina o si por el contrario obedecen a otro concepto.

Para ello debemos tomar en consideración en primer término el alcance del concepto de la sucursal acorde con el marco legal fijado en el Código Mercantil y es así como tendremos que el criterio que de acuerdo con dicho marco legal permite determinar cuando se está frente a una sucursal, está dado solamente por las atribuciones de que gocen los administradores del respectivo establecimiento de comercio, de manera que según lo consagra el artículo 263 ibídem, si aquellos tienen facultades para representar la sociedad, dicho establecimiento tendrá el carácter de sucursal, al paso que si hay ausencia de las referidas facultades el carácter será el de agencia o el de otro establecimiento diferente.

De lo anterior se infiere que la ubicación territorial de la sucursal no constituye elemento alguno dentro del concepto que permite determinar el carácter de tal, más bien, por el contrario, el artículo 263 citado expresamente permite que las sucursales puedan crearse y funcionar tanto dentro como fuera del domicilio de la sociedad, de forma que dentro del mismo domicilio de una compañía bien pueden funcionar una o más sucursales, con lo cual, cuando se hace alusión a otros domicilios no necesariamente deben entenderse como tales a las sucursales pues no podría comprenderse la coexistencia de otros domicilios precisamente dentro del domicilio social.

Cosa distinta es que cuando se establezca una sucursal en un lugar distinto al del domicilio de la sociedad, aquél deba considerarse como un domicilio secundario en razón a la posibilidad que tiene la compañía de hacerse presente jurídicamente en ese lugar por conducto de los administradores de la sucursal mediante la adquisición de obligaciones y el ejercicio de derechos.

Ahora bien, cierto es que en una sociedad puede no existir coincidencia, por ejemplo, entre el lugar donde funcione la sede administrativa con el lugar donde esté ubicada la sede operativa, situación esta, que en ningún momento

impide la ley, por lo cual podría pactarse uno de los tales lugares como domicilio principal, mientras que el otro se estipularía como domicilio secundario en el cual la sociedad, al igual que en aquél, podría hacerse presente tanto judicial como extrajudicialmente sin necesidad de que en dicho lugar se requiera la apertura de una sucursal para que el mismo tenga carácter de domicilio secundario, y por lo tanto la compañía pueda actuar en él jurídicamente.

Por otros domicilios tampoco podrían entenderse los lugares donde se establezcan agencias, por la sencilla razón de que éstas precisamente carecen de la virtud de que sus administradores tengan la facultad de representar a la sociedad, y por consiguiente, no pueda ésta a través de aquéllas vincularse o comprometerse judicial o extrajudicialmente.

Así las cosas, y en respuesta al primer interrogante puede afirmarse que la expresión "otros domicilios" a que alude el artículo 111 del Código de Comercio se refiere a aquéllos lugares que se señalen como tales en el contrato social de manera que en los estatutos de una compañía bien pueden fijarse distintos domicilios además del principal, y de acuerdo con dicha norma, la obligación legal allí prevista deberá cumplirse en relación con todos y cada uno de dichos domicilios.

Por su parte, el domicilio principal será aquel que se fije como tal en los estatutos sociales y en el evento que se fijen varios domicilios sin señalarse cual de ellos tendrá el carácter de principal, lo será aquél donde esté ubicada la sede en que opere la administración de la compañía, pero debiendo quedar claro en todo caso que la sociedad solamente puede tener un domicilio principal.

Ahora bien, por lo general el domicilio principal, que es el lugar que se estipula como tal en los estatutos sociales, es donde en principio, debe operar la dirección y administración de la sociedad; sin embargo no existe disposición legal con base en la cual pueda afirmarse que dicha dirección y administración deba funcionar necesariamente en el lugar de dicho domicilio.

Al no existir norma legal alguna que limite la capacidad de actuar de los órganos de administración para ejercer sus funciones dentro o fuera del domicilio social, bien podrían considerarse válidas las actuaciones cumplidas en uno u otro sitio determinados.

Es así que el representante legal, auténtico administrador y como tal, investido de poder para dirigir la empresa social y para vincular judicial y

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

extrajudicialmente al ente societario, bien podría comprometer a su representada fuera del ámbito territorial, esto es, fuera de su domicilio principal.

No obstante como quiera que al tenor del artículo 196 del estatuto mercantil la representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios deben ajustarse a lo estipulado en el contrato social conforme al régimen de cada tipo social, es allí precisamente donde se pueden fijar los parámetros territoriales dentro de los cuales el administrador puede ejecutar actos en uso de sus facultades que lleguen a comprometer a su representada y si abusa o se extralimita, se le puede obligar a indemnizar a la sociedad, a los asociados, a los terceros y en general a responder por todo perjuicio que ocasione por dolo o culpa (artículo 200 ibídem).

De ahí la importancia de indicar contractualmente y en forma específica la forma de administrar los negocios sociales con indicación de las limitaciones y las facultades de los administradores, entendiéndose eso sí, que a falta de estipulación expresa, las personas que representen a la sociedad podrán celebrar dentro o fuera de su domicilio social, todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y funcionamiento de la sociedad.

Del mismo modo la junta directiva como tal, puede actuar igualmente en un lugar distinto al del domicilio de la sociedad, salvo como quedó dicho, que en los estatutos al regularse su modus operandi, se determine cosa distinta.

No sucede lo mismo con la junta de socios o la asamblea de accionistas, órganos éstos que obligatoriamente deben reunirse en el lugar del domicilio principal de la sociedad de acuerdo con lo prescrito en el artículo 186 del Código de Comercio, a no ser en el caso de la llamada "Reunión Universal", o sea aquélla en la que por estar presentes o debidamente representada la totalidad de los asociados, podría sesionar en cualquier lugar, bien sea, dentro o fuera del mencionado domicilio.

(Oficio 11817 del 21 de julio de 1988).

VIII - EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO

1. POR SER ENTIDADES DESCENTRALIZADAS CON SU PROPIO REGIMEN JURIDICO, SE EXCLUYEN DE LA VIGILANCIA ASIGNADA A LA SUPERINTENDENCIA.

1. Al tenor del Decreto 1050 de 1968, las Empresas Industriales y comerciales del Estado, son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial.

En el acto de creación de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, se determinará o clasificará su pertenencia, es decir, si es del orden nacional, departamental o municipal (Decretos 1050 y 3130 de 1968).

Las empresas Industriales y Comerciales del Estado pueden ser creadas por las Asambleas Departamentales, o por los gobernadores, cuando para ello estuvieren precisamente autorizadas por las Asambleas (artículos 4o. y 10o. del Decreto 12212 del 18 de abril de 1986).

La creación, desarrollo, funcionamiento, control y tutela de las Empresas Industriales y Comerciales, se rigen por lo dispuesto en el Decreto 1221 de 1986.

2. Al tenor de los artículos 461 y 462 del Código de Comercio, "Son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyan con aporte estatal y de capital privado. Las sociedades de economía mixta se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario. En el acto de constitución de toda sociedad de economía mixta se señalarán las condiciones que para la participación del Estado contenga la disposición que autorice su creación; el carácter nacional, departamental o municipal de la sociedad; así como su vinculación a los distintos organismos administrativos, para efectos de la tutela que debe ejercerse sobre la misma".

Según disposición del decreto 1050 de 1968, artículo 8o., las sociedades de economía mixta "son organismos constituídos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por la ley o autorizados por ésta que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley. El grado de tutela y, en general, las condiciones de la participación del Estado en esta clase de sociedades se determina en la ley que las crea y autoriza y en el respectivo contrato social".

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Por lo tanto dos actos se requieren para la creación de una sociedad de economía mixta: la ley que las crea o autoriza y el respectivo contrato social".

De otra parte, el régimen jurídico de las sociedades de economía mixta varía de acuerdo con la participación oficial. De tal manera que las que tienen un capital oficial inferior al 90% se rigen por el sistema común conforme a las reglas del derecho privado; caso diferente a aquel en que el aporte oficial sea o exceda del 90% ya que se someterán al régimen jurídico previsto para las empresas Industriales y Comerciales del Estado (artículo 3o. del Decreto 3130 de 1968) es decir, que sus actividades se desarrollan conforme a las normas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

Además, cuando los aportes estatales en las sociedades de economía mixta superan el 50% del capital social, se aplica el mismo régimen de vigilancia fiscal de las empresas industriales y comerciales del estado, el cual se ejercerá a través de un auditor fiscal designado directamente por el Contralor General de la República; ahora bien si el aporte es inferior al 50% del capital, el control fiscal será ejercido por Revisores Fiscales elegidos por la Asamblea de Accionistas de listas pasadas por el Contralor General de la República y su función será desempeñada en los términos previstos en el Código de Comercio en relación con las sociedades anónimas (artículo 21 de la Ley 20 de 1975).

Finalmente, las sociedades comerciales con aportes de capital privado y de capital estatal, en su formación y funcionamiento deben ajustarse no solamente a las normas del Código de Comercio, sino a las que le son propias dada su naturaleza de economía mixta.

3. Conviene precisar qué son sociedades entre Entidades Públicas; Al efecto el Decreto 130 de 1976 las definió en su artículo 4o., al señalar: "...Las sociedades que se creen por la participación exclusiva de Entidades Públicas con el fin de desarrollar actividades de naturaleza industrial o comercial, se someten a las normas previstas para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. Sus estatutos proveerán sobre las materias mencionadas en el inciso segundo del artículo anterior y además, podrán disponer que un mismo órgano hará las veces de Asamblea General o Junta de Socios y de Junta Directiva".

A su vez, la parte pertinente del artículo 3o. del mismo Decreto establece: "...en el respectivo contrato social se señalará quien elige o designa al Gerente y determinará la composición y presidencia de la Junta Directiva".

De lo esbozado anteriormente se concluye que, no es lo mismo una sociedad cualquiera ella sea su forma, de economía mixta por ejemplo o una entre Entidades Públicas y una empresa Industrial del Estado.

Ahora bien, es preciso recalcar que a la Superintendencia de Sociedades por delegación del Presidente de la República, le ha adscrito la ley, como función primordial, el ejercicio de la vigilancia de ciertas sociedades comerciales no sometidas al control de otra Superintendencia, con miras a que los entes sociales mencionados se constituyan y funcionen de acuerdo a las leyes y decretos que integran el ordenamiento positivo y a que cumplan normalmente sus estatutos. En el desempeño de esos cometidos ha de pronunciarse cuando quiera que las aludidas compañías incurran en irregularidades relativas a su constitución, funcionamiento y observancia de las cláusulas que rigen sus destinos. Se trata además de un control de legalidad reglado, como quiera que las facultades y funciones que desarrolla están señaladas claramente en la ley, es decir, que la órbita de su competencia está delimitada plenamente por las disposiciones legales (artículo 267 y siguientes del Código de Comercio).

(Oficio AN-19449 octubre 5, 1989).

2. ENTIDADES DESCENTRALIZADAS.

La reforma administrativa de 1968 contempló tres tipos de entidades descentralizadas: los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta. Conforme a los artículos 5o., 6o. y 8o. del Decreto 1050 de 1968 y 461 del Código de Comercio, pueden distinguirse las tres categorías de entidades aludidas, de la siguiente manera: mientras a los establecimientos públicos se les encomiendan principalmente funciones administrativas, de acuerdo con las reglas del derecho público, las empresas industriales y comerciales del Estado desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones de ley; a su vez estos organismos se diferencian de las sociedades de economía mixta, como quiera que éstas se constituyen bajo la forma de sociedades comerciales y con aportes públicos y privados.

Empero, la complejidad de las funciones administrativas del Estado ha demandado nuevas formas de entidades descentralizadas a partir de 1968: es así como, parte de ellas, fueron contempladas en el Decreto 130 de 1976 al regular

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

las sociedades entre entidades públicas, las asociaciones entre entidades públicas y las corporaciones y fundaciones de participación mixta.

Ahora bien, dichas entidades pueden pertenecer al orden nacional, departamental o municipal, según se disponga en el acto de su constitución, para lo cual se atenderá a la naturaleza y ámbito del servicio que presten, la proporción de las participaciones y la intención de sus acreedores (artículos 4o. del Decreto 3130 de 1968, 462 del Código de Comercio y 5o. del Decreto 130 de 1976). Sin embargo, en tratándose de sociedades de economía mixta debe advertirse que para ser calificadas como del orden nacional se requiere que en ellas existan aportes de la Nación o de sus entidades descentralizadas (artículo 1o. del Decreto 130 mencionado).

De otra parte, para dar claridad en torno a la clasificación de las entidades descentralizadas en directas o de primer grado e indirectas o de segundo grado, se transcribe a continuación doctrina de esta Entidad: "...la ley denomina entidades descentralizadas indirectas a aquellos organismos descentralizados que surgen, no en virtud de creación directa o inmediata de la ley sino merced a la participación o asociación de varias entidades públicas, debidamente autorizadas.

"Los organismos que así surgen reciben también el calificativo de entidades descentralizadas de segundo grado, para significar una mayor mediación en relación con el acto legal. En efecto, mientras las entidades descentralizadas de primer grado deben su creación a un acto legal, las indirectas surgen de manera inmediata por virtud de un acto convencional en que participan diferentes entidades públicas".

Las distintas categorías de entidades descentralizadas gozan por mandato legal de una forma jurídica propia que no les permite ser de naturaleza mixta. En otros términos, un establecimiento público no puede ser al mismo tiempo empresa industrial y comercial del Estado, y una sociedad de economía mixta no puede ser, en forma coetánea, sociedad comercial y empresa industrial y comercial del Estado. Cosa distinta es que las sociedades entre entidades públicas y las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación o de sus entidades descentralizadas sea igual o superior al noventa por ciento del capital social, se regulen de preferencia por las normas de las empresas industriales y comerciales del Estado (artículo 3o. y 4o. del Decreto 130/76); en estos casos los entes en cuestión no pierden su naturaleza de sociedades comerciales sino que, en razón de los intereses públicos en juego, están substraídos de la órbita del

derecho privado en algunos aspectos de sus funcionamiento, administración y dirección.

LLama la atención que se identifiquen como empresas industriales y comerciales del Estado a las compañías mercantiles constituídas en su totalidad con aportes estatales, v.gr. "el caso de algunas Electrificadoras filiales del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica (ICEL)". Sucede que a partir de la reforma de 1976 el capital de una persona moral que desarrolla actividades de naturaleza industrial y comercial puede ser ciento por ciento estatal sin que por ello se trate de una empresa industrial y comercial. Es el caso de las sociedades entre entidades públicas, entes comerciales previstos en el artículo 4o. del Decreto 130 del mismo año, norma que debe leerse de acuerdo con el artículo 20, ibídem, el cual establece que se entienden por entidades públicas "...la Nación, las entidades territoriales, los establecimientos públicos, las empresas industriales o comerciales y las entidades de economía mixta sujetas al régimen previsto para las empresas".

Resumiendo,conforme a la legislación vigente existen tres clases de entidades descentralizadas llamadas a realizar actividades industriales y comerciales a nombre del Estado: las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades entre entidades públicas y las sociedades de economía mixta. Mientras las últimas desarrollan su objeto con aportes estatales y de capital privado, las dos primeras cumplen sus actividades con dineros públicos en su totalidad, excepción hecha de las sociedades entre entidades públicas cuando en ellas participan sociedades de economía mixta sujetas al régimen de las empresas. A su vez, las empresas industriales y comerciales se diferencian de las sociedades entre entidades públicas por su naturaleza, por cuanto éstas se constituyen bajo la forma de sociedades mercantiles"

(Oficio OA/6807 del 24 de abril de 1979).

3. *EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO NO SON COMERCIANTES*

Con el ánimo de establecer si las empresas industriales y comerciales del Estado deben inscribir en el registro mercantil los libros oficiales es necesario recavar sobre la filosofía de las mismas así como la finalidad que persiguen, a efecto de determinar si tienen o no la calidad de comerciantes, quienes son las personas llamadas a cumplir dicha obligación.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

De acuerdo con el artículo 6o. del Decreto 1050 de 1968, se definen las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, como organismos creados por la ley, o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley y que reúnen las siguientes características:

1. Personería jurídica,

2 Autonomía administrativa,

3. Capital independiente constituído totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones con destinación especial.

De la anterior definición se desprende que las empresas industriales y comerciales del Estado ***son entidades públicas y por lo tanto, son emanaciones del Estado a través de las cuales éste en condiciones similares a los particulares entra a desarrollar actividades que en principio son propias de éstos, como son aquellas de naturaleza típicamente industrial o comercial.***

Sin embargo y respecto a la finalidad, podemos decir que así las empresas industriales y comerciales del estado realicen idénticas actividades que los comerciantes en el campo industrial o comercial, no buscan el mismo fin primordial que persiguen estos en el desarrollo de sus actividades, cual es el provecho económico; no, ***el Estado al asumir mediante sus empresas dichas actividades, busca siempre como finalidad esencial la satisfacción de las necesidades sociales generales, sobre las cuales está comprometido.***

Por ello, el régimen jurídico de las mismas es mixto, ya que se forman y funcionan de acuerdo con principios y normas pertenecientes al derecho público, mientras que en relación con las actividades que desarrollan, se sujetan al derecho privado por cuanto deben tener los mismos condicionamientos y posibilidades de acción que las empresas privadas o particulares.

Ahora bien, para determinar si las empresas industriales y comerciales del Estado son comerciantes, con todos sus privilegios, obligaciones y deberes, es indispensable analizar cuando una persona natural o jurídica adquiere la calidad de comerciante.

De acuerdo con el ***artículo 10*** *del Estatuto Mercantil,* ***son comerciantes*** *las personas que profesionalmente se ocupan en algunas de las actividades que la ley considera mercantiles, definición de la que se destaca que es elemento esencial para ostentar la calidad de comerciante,* ***la profesionalización*** *de la actividad mercantil que se desarrolla.*

A su vez, el ***artículo 11*** *ibídem, preceptúa que* ***las personas que ejecuten ocasionalmente operaciones mercantiles no se considerarán comerciantes, pero estarán sujetas a las normas comerciales en cuanto a dichas operaciones.***

De lo expuesto se infiere que además de la profesionalización de que trata el artículo 10 ídem, existen otros elementos, cuales son, de una parte la habitualidad, en la medida en que las actividades mercantiles deben desarrollarse de manera permanente ya que el ejercicio ocasional del comercio, como se vió, no confiere la condición de comerciante y de la otra, el ánimo de lucro, en el sentido de que la finalidad perseguida en el ejercicio de tales actividades sea la obtención de un provecho o ganancia económica para quien las realiza.

Sin lugar a equívocos, las empresas industriales y comerciales del Estado realizan actos de comercio, de manera habitual, con lo cual se da el primero de los elementos mencionados, mas no sucede lo mismo con el segundo de ellos, pues las mencionadas empresas como ya se anotó, ***no tienen como finalidad principal la de obtener un lucro en el desarrollo de sus actividades, sino un objetivo principalmente orientado a la atención del interés público o general que es objetivo común de las distintas manifestaciones a través de las cuales el Estado cumple su función.***

Al respecto sostiene Georges Ripert: "Ejercer una profesión es consagrar la propia actividad de una manera principal y habitual al cumplimiento de una determinada labor, con la finalidad de obtener un provecho". Más adelante agrega que "la actividad profesional es interesada: El que es comerciante busca la obtención de un derecho pecuniario como resultado del ejercicio de su comercio... No debe considerarse como comerciante a quien se dedica a una explotación aparentemente comercial pero sin querer obtener ningún provecho personal y con una finalidad casi siempre beneficiaria.. " (Tratado Elemental de Derecho Comercial, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires 1954, páginas 108-109).

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

De acuerdo con lo anterior, se tiene entonces ***que las empresas industriales y comerciales del Estado no son comerciantes y por lo tanto no están obligadas a inscribir en el Registro Mercantil los libros oficiales.***

(Oficio 220-012310 Junio 20 de 1994).

IX - ESCISION

1. ESCISION DE SOCIEDADES

La escisión puede definirse como una figura jurídica en virtud de la cual, una sociedad se desprende de una determinada parte de su patrimonio, para formar una nueva compañía, cuyo capital se integra con la porción patrimonial que la sociedad escindida le transfiere, y cuyos socios serán los mismos o algunos de ésta. Dicho fenómeno jurídico es útil para la reorganización de empresas que en un momento dado necesitan desconcentrarse y fraccionarse por requerir el manejo de la misma, una especialización de sus elementos integrantes para el perfeccionamiento de la respectiva gestión.

Habida cuenta que nuestro Código de Comercio no la consagra, ni mucho menos trae disposición alguna que regule el procedimiento para llevarla a cabo, es necesario suplir tal vacío jurídico a través de la figura de la "analogía", con fundamento en el artículo primero del código citado el cual estableció que los asuntos no contemplados expresamente en la legislación mercantil, fueran decididos por analogía de sus normas, por lo cual la ausencia de regulación acerca de la escisión ha de resolverse por la aplicación de otras normas que regulan asuntos similares para casos diferentes.

Una primera mención normativa de la escisión se produce con la expedición del decreto número 1026 del 1990 que modificó el régimen de emisión de bonos, al establecer en el parágrafo del artículo 75 que para los efectos del mismo, se presenta tal figura cuando se segrega una parte sustancial del patrimonio de una sociedad para ser traspasado a otra persona, atribuyendo a la correspondiente Superintendencia la facultad de determinar la ocurrencia de dicho fenómeno.

Así mismo la ley 06 de 1992 en su artículo 142, plasmó las normas reglamentarias sobre tributación a las que deben sujetarse las sociedades

escindidas lo mismo que las nuevas sociedades producto de la escisión, al tratar lo referente a las correspondientes obligaciones tributarias.

Por su parte y de forma más concreta la Ley 45 de 1990 (artículo 11) incorporada al Decreto 1730 de 1991, contentivo del actual estatuto financiero, consagró la figura de la escisión y al efecto determinó que esta tiene ocurrencia cuando la empresa y el patrimonio de una institución financiera se dividen en dos o más empresas que constituyen el objeto de dos o más sociedades formadas por todos o por algunos de sus socios, señalando el procedimiento, aprobación, trámite y efectos de la misma.

Por tanto al consagrar la legislación positiva colombiana la escisión como mecanismo a través del cual una sociedad puede fraccionarse en dos o más compañías, la misma es perfectamente viable aún tratándose de sociedades distintas a las instituciones financieras mencionadas, así no exista regulación en el Código de Comercio, según se anotó, más si se tiene en cuenta que en la actividad de los particulares les es permitido la realización de todas aquellos actos que no les esté prohibido.

En este orden de ideas, para determinar el procedimiento a seguir con miras a llevar a cabo la escisión debe acudirse por vía de la analogía como se dijo, a la mencionada codificación financiera la cual consagra en su artículo 1.6.0.0.3. que en lo pertinente, la escisión se someta a las normas sobre fusión de establecimientos de crédito contempladas en el artículo 1.6.0.0.2. del mismo estatuto, el que a su vez establece que esta se sujete a las reglas consagradas en el Código de Comercio. En síntesis se concluye que el procedimiento a aplicar tratándose de la escisión es en lo pertinente, el contenido en los artículos 173 y siguientes de la obra citada.

(Oficio 220-9371, Marzo 18 de 1992)

2. PROCEDIMIENTO PARA LA ESCISION DE SOCIEDADES

Ante algunas inquietudes que se han presentado en relación con la escisión de sociedades comerciales, concretamente en lo que se refiere a la aprobación del avalúo de los bienes en especie que reciba la sociedad que surge de la escisión, así como al cumplimiento de la formalidad de la constitución de la misma, se ha visto precisada la Superintendencia a ahondar en la tesis que originalmente expusiera a través del oficio 220-09371 del 18 de marzo de 1992.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

En esa ocasión este Despacho tuvo la oportunidad de señalar que la escisión de sociedades mercantiles era posible en virtud de que la misma, al estar consagrada en otras disposiciones distintas al Código de Comercio, pero relacionadas con aspectos atinentes a la actividad mercantil, resultaban aplicables a aquélla, además de que en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, los particulares en desarrollo de sus actividades pueden realizar todos los actos u operaciones que no les estén expresamente prohibidos.

Ahora bien, ***la escisión ha sido entendida como aquél fenómeno en virtud del cual se produce la segregación o disgregación jurídica y patrimonial de una sociedad en dos o más sociedades, bien sea que se creen para tal fin o bien sean preexistentes al acto de la escisión, fenómeno que puede comportar la continuidad de la sociedad originaria o también su extinción****, todo ello según sea la decisión de los asociados. En tal sentido, el profesor Gabino Pinzón en su Obra Sociedades Comerciales, Volumen I, ha expresado que por la escisión "se pretende la desintegración de una empresa, para que sus sectores o sus seccionales continúen desarrollándose como empresas separadas por sociedades formadas con tal fin o preexistentes".*

Normativamente en nuestro derecho positivo se ha definido dicha figura, habiéndose acogido en forma aproximada tal concepto. Es así como en una primera oportunidad el Decreto 1026 de 1990, incorporado hoy en día en el Decreto 653 de 1993 contentivo del Estatuto Orgánico del Mercado Público de Valores, señaló que para los fines de dicho decreto se entiende que hay escisión "cuando se segrega una parte sustancial del patrimonio de una sociedad para ser traspasado a otra persona" Por su parte, el artículo 67 del Decreto 663 de 1993 prevé que la empresa y el patrimonio de una entidad vigilada por la Superintendencia Bancaria "podrán dividirse en dos o más empresas que constituyan el objeto de dos o más sociedades formadas por todos o por algunos de sus socios"

De los aspectos que revisten las definiciones tanto normativas como doctrinales, se desprende que la escisión es un fenómeno autónomo en el sentido de que puede tener ocurrencia independientemente de cualquier otra figura jurídica y que tiene su origen en una decisión de los asociados que, en ejercicio de la voluntad soberana que a ellos corresponde en cuanto a los destinos sociales, determinan dar un tratamiento distinto al ente jurídico sin necesidad de disolverlo o mejor aún, sin necesidad de terminar la empresa social de la que aquel se ocupa, sino, por el contrario, permitir su continuidad, aunque ya de manera segregada.

En otros términos, la circunstancia de ser la escisión un fenómeno propio, descansa en el hecho de que por ser los asociados quienes señalan las bases para el desarrollo de la empresa social y por lo tanto los directamente interesados en los resultados de la misma, son ellos igualmente los que pueden modificar parcial o sustancialmente tales bases, mientras no se contraríen normas imperativas, como efectivamente no ocurriría con la escisión.

En lo que respecta a la forma de llevar a cabo la escisión, este Despacho considera hoy en día que realmente no es menester recurrir a un procedimiento diferente al previsto en el Código de Comercio, para la fusión, por la sencilla razón de que si bien es cierto que aquella es una figura contraria a esta en la medida en que la fusión implica unión de dos o más sociedades en una sóla, y la escisión, como se dijo, es segregación o disgregación de una sociedad, también lo es, que estos son fenómenos similares en la medida en que ambos son mecanismos de concentración de empresas, la cual puede darse a través de una sociedad, como organización productiva de los entes fusionados, dándose una unidad jurídica (fusión), o a través de un grupo de sociedades como organización productiva también, pero de forma descentralizada, dándose allí un pluralismo jurídico (escisión).

Así las cosas, y dado también que en ambas operaciones se halla involucrado el patrimonio social como una universalidad jurídica, es que el procedimiento señalado en el Código de Comercio para la fusión, resulta ser, por la similitud de los derechos y garantías que deben protegerse en las dos figuras jurídicas en estudio, el apropiado para la escisión de las sociedades mercantiles.

Con base en lo anterior y ***ante la primera inquietud, es preciso afirmar que, por cuanto el código citado en su artículo 177 exige la aprobación oficial del avalúo de los bienes en especie, y es ésta la norma que preferencialmente debe aplicarse en el caso de las sociedades distintas a las que conforman el sistema financiero, ha de concluirse*** ***que en el evento de la escisión de una de tales sociedades, es menester la mencionada aprobación, obviamente siempre y cuando se trate de una sociedad sujeta a la vigilancia estatal.***

De otra parte, en cuanto a las formalidades para el surgimiento de la nueva sociedad que se puede dar en virtud de la escisión, resulta pertinente hacer las siguientes reflexiones:

La escisión conlleva una liquidación parcial de la sociedad que se escinde, en la medida en que en virtud de la misma se les reconoce a los asociados que se

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

retiran para formar parte de la nueva sociedad o a los que disminuyan su participación con el mismo fin, el valor de los aportes respectivos más el de los beneficios por ellos generados, los que van a estar representados en los bienes de que se desprende la entidad escindida, sustracción hecha de las obligaciones correspondientes; dicho valor a su vez, está llamado a conformar el patrimonio de la nueva sociedad, con lo cual es claro que el capital de esta última se integra con los aportes que, si bien se entienden realizados por los que habrán de ser sus asociados, se originan en razón de la liquidación parcial aludida y no en el traspaso que ellos hacen de parte de su patrimonio, como sucede con las sociedades constituídas al amparo del artículo 98 del Código de Comercio.

Se destaca también que efectivamente, entre los pasos necesarios para la escisión y de acuerdo con el procedimiento que se indicó, es menester fundamentalmente la adopción de la decisión pertinente por parte del órgano rector, con el voto de la mayoría calificada exigida para la fusión, la que comporta la aprobación de la distribución de las partes de interés, cuotas o acciones de acuerdo con los métodos de evaluación que se utilicen, momento en el cual si bien es cierto que tal decisión implica la manifestación de la voluntad colectiva del órgano, la misma está dada por la aquiescencia individual de cada asociado participante acerca de la operación propuesta.

Por último, el surgimiento de la nueva sociedad se da como un hecho implícito a la misma escisión y no como un acto jurídico diferente a ella, lo cual tiene sentido si se mira la escisión como un fenómeno jurídico único, en virtud del cual y en términos sencillos, una sociedad se divide en dos o más, como consecuencia del consentimiento expresado por los asociados en reunión de la asamblea o junta de socios.

En este orden de ideas este Despacho dentro de un proceso de maduración y decantación de su tesis acerca de la escisión, considera que no sería indispensable que los asociados de la nueva sociedad, acudan al otorgamiento de la escritura pública de escisión, como inicialmente se afirmó en el oficio 220-09371, pero ello, siempre y cuando los estatutos que habrán de regir a la nueva sociedad hayan contado con la aceptación de los respectivos asociados, lo cual podría darse simultáneamente al momento de aprobarse la escisión.

(Oficio 220-1397 del 25 de enero de 1994).

3. EFECTOS JURIDICOS DE LA ESCISION CON RESPECTO A LOS CONTRATOS Y LICENCIAS VIGENTES AL MOMENTO DE ELLA

Salvo disposición legal o contractual en contrario, es posible la transferencia o sustitución de las obligaciones de la sociedad escindida en favor de la escisionaria, como consecuencia natural del acto de escisión, sin requerirse la aprobación del contratante cedido.

Teniendo en cuenta, que el fundamento de la escisión comporta tanto la segregación jurídica de la sociedad que se escinde, como la de su universalidad jurídica denominada patrimonio, con el propósito de destinar o trasladar la parte disgregada a una sociedad que se crea con tal fin, como es el caso en comento, podría colegirse, en principio, que los negocios jurídicos habrían de correr la misma suerte que correspondió a la parte patrimonial y jurídica escindida, ésto es, que habrían de ser transferidos o traspasados a la escisionaria en razón a que, precisamente, estos últimos son los generadores, reguladores o extintores, según sea el caso, en todo o en parte, de las relaciones jurídicas patrimoniales inherentes a la comentada universalidad.

No obstante, teniendo en cuenta que la sociedad que se escinde no se disuelve con ocasión de la escisión, sino que, por el contrario, continúa con la empresa u objeto social que otrora desarrollara, ésto es, que la persona jurídica, titular de las prestaciones convenidas en los concernientes negocios jurídicos vigentes y en ejecución al momento de la escisión, no desaparece del ámbito del derecho, no habría lugar a entenderse que, sin necesidad de expresa disposición social al respecto, se radique la titularidad de los derechos, prerrogativas y obligaciones de la escindida en cabeza de la escionaria por el sólo hecho de la escisión, valga decir, como simple consecuencia connatural de dicho acto.

Por otra, como quiera que son los mismos socios de la compañía que se escinde quienes acuerdan las condiciones de la misma en la decisión de escisión serán ellos mismos, por ende, quienes determinen en aquel acto el traspaso, transferencia o sustitución por la escindida a favor y/o a cargo de la escisionaria, de los contratos y demás relaciones jurídicas y patrimoniales a que haya lugar con ocasión de la misma.

Ahora bien, en consideración a que no todos los negocios o relaciones jurídicas son susceptibles de ser transferidos o sustituidos o, no obstante serlo, requieren del agotamiento o cumplimiento de algún imperativo legal o estipulación convencional, es menester que se observen tales preceptivas en aras

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

de lograr la sustitución o transferencia aludida, como sería el caso de los contratos mercantiles que requieren de la aceptación del contratante cedido (art. 887 y siguientes C.Co), evento en el cual deberá procederse de conformidad con lo regulado en cada una de las eventualidades en cuanto a formalidades y demás circunstancias atinentes, en aras del perfeccionamiento de la indicada sustitución, siendo del caso que la aceptación obre en el caso de escisión, sobre el entendido, claro está, que la decisión correlativa se han estipulado por los socios las condiciones de la misma, en cuanto a obligaciones, derechos, prerrogativas, efectos y demás aspectos pertinentes.

Desde otro punto de vista, se puede decir que si la sustitución concerniente no requiere de la aceptación del contratante cedido, siempre que por norma imperativa especial o particular o por estipulación de las partes no se haya limitado o prohibido la sustitución, es factible que sean objeto de segregación o disgregación los contratos que haya celebrado la sociedad escindida, junto con la parte patrimonial que se separa con ocasión de la escisión, sin necesidad de estipulación expresa alguna por parte de los socios en dicho acto.

En cuanto a los contratos administrativos, no podrá entenderse la disgregación o segregación sino cuando se haya obtenido la autorización escrita por parte de la entidad en forma previa al acto de escisión y se estipule tal cesión así como sus condiciones en éste.

Por último, en cuanto a las relaciones laborales originadas con ocasión de un contrato de esa naturaleza, habrá de estarse a lo establecido en el artículo 67 del Régimen Laboral Colombiano sobre sustitución de patronos.

(Oficio 220-318 enero 4 de 1995).

X - FUSION

1. FUSION IMPROPIA-RECONSTITUCION DE SOCIEDAD

Ha sido esta Superintendencia de la opinión de que la ***fusión impropia,*** *mecanismo en virtud del cual, una sociedad disuelta puede prescindir del proceso liquidatorio y en su lugar continuar operando a través de un nuevo ente jurídico,* ***está sujeta para su viabilidad al cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 180, 250 y 251 del Código de Comercio, es decir, se han***

entendido estas normas en su conjunto, como reguladoras de un mismo fenómeno jurídico.

Un posterior y detenido análisis a las citadas disposiciones, llevan a una nueva conclusión sobre tal asunto, la que permite considerar que ***realmente el artículo 180 señalado consagra un fenómeno jurídico distinto al que prevén los artículos 250 y 251, ya que aquél se ocupa de la fusión "impropia", al paso que los dos siguientes tienen como objetivo regular*** *lo que parte de la doctrina ha denominado la "reconstitución de la sociedad". Tal conclusión tiene su fundamento en las siguientes consideraciones:*

Se ocupa la Sección II, Capítulo 6o., Título 1o, Libro 2o., del Código de Comercio, de regular lo referente a la fusión, como el acto en virtud del cual, dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse para ser absorbidas por otra o para crear una nueva, con lo cual el legislador colombiano dió plena cabida al fenómeno que permite la unión o conjunción de dos o más sociedades en una sola. ***La fusión presupone la disolución de la sociedad o sociedades absorbidas, pero originada ella en el mismo acuerdo de fusión y lo que es más importante para los efectos de este concepto, la prescindencia de un proceso liquidatorio del patrimonio social de aquellas, como quiera que la nueva sociedad o la absorbente, una vez formalizada la fusión, asume los pasivos de las mismas y adquiere sus bienes y derechos, según lo prevé el artículo 178 del señalado código.***

Como una variante de este fenómeno aparece regulada en este acápite la llamada fusión impropia que frente a la anterior, presenta dos diferencias fundamentales: a) ***Que en este caso no se está en presencia de una unión de sociedades sino simplemente en el surgimiento de una nueva sociedad que absorbe a otra y, b) que la disolución de la sociedad absorbida se ha producido previamente a la fusión como consecuencia de la ocurrencia de alguno de los hechos previstos en la Ley o en el contrato social como causal de disolución.***

Del contenido del artículo 180 del código citado, que trata de este tipo de fusión, no se desprende ninguna otra diferencia frente a la fusión propiamente dicha por lo cual y teniendo en cuenta lo señalado en la disposición legal invocada que permite la aplicación de las reglas previstas en la aludida sección para el caso de la fusión impropia, ***es dable afirmar que en este caso también la nueva sociedad adquiere no solo el activo de la absorbida, sino también su pasivo tanto externo como interno, lo que conlleva a que no haya necesidad de***

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

adelantar el proceso liquidatorio, que de otra forma, estaría en la obligación de tramitar.

Ahora bien, el mencionado precepto legal establece como ***requisitos para que la fusión impropia pueda llevarse a cabo, el que en virtud de la formación de la nueva sociedad no haya variaciones en el giro de las actividades o negocios de la sociedad disuelta y que la operación se celebre dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la disolución. Uno y otro requisitos, dan lugar a las siguientes reflexiones:***

Al referirse la norma legal al concepto ***"giro de sus actividades o negocios"*** *lo cual comprende el conjunto de actos, operaciones o contratos que se ejecuten o celebren en razón al desarrollo del objeto social de la compañía, se reafirma la idea de que la nueva sociedad continúa con los negocios no liquidados de la absorbida, haciéndose cargo de las obligaciones generadas por la realización de los mismos así como asumiendo la titularidad de sus derechos: es decir, toma la posición jurídica de una sociedad relativamente en marcha.*

Por su parte, ***la exigencia de los seis meses,*** *no puede tener otra justificación distinta al hecho de la imperatividad consagrada en el artículo 222 del Código de Comercio, que al ordenar que una vez disuelta la sociedad, se proceda inmediatamente a su liquidación, busca que el proceso de realización del activo y pago del pasivo se cumpla en forma pronta a fin de proteger el interés de los terceros que contrataron con la sociedad, constituyéndose el señalado plazo en un término de gracia para que no habiéndose comenzado la liquidación o no habiéndose culminado ésta en lo que a las obligaciones con terceros se refiere, se opte por el mecanismo de la nueva sociedad que obvie tal proceso.*

En este punto ***es de resaltar que no exige el artículo 180 requisitos adicionales a los mencionados por lo cual, en materia de la mayoría necesaria para optar por la fusión impropia, debe acudirse a la establecida para la fusión o en su defecto, para la disolución anticipada,*** *tal como lo previene el artículo 173 ibídem, pues se repite, el sentido de la norma legal citada inicialmente es el que frente a aquella operen también las reglas de la fusión propiamente dicha, entendiendo para ello que cuando se indica en la señalada norma que lo "dispuesto en esta sección podrá aplicarse, "se refiere a una facultad desde luego potestativa en cuanto a la formación o no de la nueva sociedad, mas no en cuanto al procedimiento a seguir.*

De todo lo anterior puede afirmarse entonces, que mediante la fusión impropia una sociedad disuelta prescinde del proceso liquidatorio al que está

obligada y en su lugar se crea una nueva sociedad que se hace cargo de sus obligaciones y adquiere sus bienes y derechos, previo el cumplimiento de los requisitos especiales exigidos en el artículo 180 comentado, y los previstos para la fusión en general.

Por su parte, el artículo 250, ubicado dentro del conjunto de normas que regulan la liquidación del patrimonio social, establece que por ***"acuerdo de todos los asociados podrá prescindirse de hacer la liquidación en los términos anteriores y constituir, con las formalidades legales, una nueva sociedad que continúe la empresa social".***

Ahora bien, teniendo en cuenta que la liquidación comprende como etapa final la distribución entre los asociados del remanente que quede de los activos sociales una vez pagado el pasivo externo y la entrega de los mismos con miras a la extinción del ente jurídico, concepto que claramente se infiere de los artículos 247 a 249 ibídem, ***debe entenderse que cuando el artículo 250 señalado permite prescindir de "hacer la liquidación en los términos anteriores" se está refiriendo al trámite correspondiente a dicha distribución y no a todo el proceso liquidatorio como tal, de manera que, a diferencia de la fusión impropia, el mecanismo legal de que tratan los artículos 250 y 251 sólo está previsto para aquellas sociedades que en desarrollo del referido proceso, ya han cancelado su pasivo externo.***

Corrobora lo anterior la finalidad que se persigue con la nueva sociedad, ya que al ser esta el que la misma "continúe la empresa social", concepto que debe entenderse referido al previsto en los artículos 99 y 110 numeral 4o, esto es, a las actividades previstas como objeto social, se establece un claro elemento diferenciador con la indicada en el artículo 180, pues al paso que aquella se cumpliría con que la nueva sociedad dentro de las estipulaciones que han de conformar su objeto social contemple las actividades señaladas en la sociedad anterior, esta no sólo busca la permanencia de tales estipulaciones, sino la de los negocios realizados en desarrollo de ellas.

Igualmente, el ***artículo 251*** *citado, al señalar que el "acto previsto en el artículo anterior se someterá a las disposiciones pertinentes sobre fusión", lo cual no solo reafirma la regulación en estas dos disposiciones de un fenómeno distinto al del artículo 180, pues si así no fuera, no tendría razón de ser el mandato transcrito cuando ya en el mencionado artículo 180 se había determinado la operancia de las reglas sobre la fusión, sino que también en este caso, dichas*

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

reglas sólo se aplican en lo pertinente, es decir teniendo en cuenta que se trata de una sociedad carente de obligaciones para con terceros.

Como ***características*** *de la figura que estamos comentando encontramos,* ***de una parte, la exigencia de la aprobación unánime de los asociados*** *que encuentra su razón de ser en el hecho de que, habiéndose agotado el pasivo externo y por lo tanto estar los bienes restantes afectos a ser distribuidos entre aquellos, el interés social cede ante un interés particular o individual, por lo cual, la decisión que habrá de conllevar la adquisición de esos bienes por parte de la nueva compañía debe provenir de todos los que habrían de ser los titulares de tales bienes si finalmente se culminara el proceso liquidatorio,* ***y de la otra, la referente a la ausencia de un término para la realización de la operación,*** *y ello por la circunstancia de no estar ya involucrados intereses de terceros y en consecuencia no hacerse imperiosa la definición frente a estos de la situación de la sociedad, como si ocurre en la fusión impropia.*

En conclusión, lo dispuesto en el artículo 180 del Estatuto Mercantil tiene operancia en el caso de sociedades formalmente disueltas que no han iniciado su proceso liquidatorio o que habiéndolo empezado, no han cancelado las obligaciones externas de la sociedad, mientras que lo consagrado en los artículos 250 y 251 ibídem, resulta aplicable cuando se trata de sociedades disueltas, pero que ya han culminado su liquidación en lo que hace a tales obligaciones, o simplemente porque carezcan de ellas.

(Memorando 100-183 mayo 25 de 1994- División de Estudios Jurídicos).

2. *FUSION ENTRE UNA SOCIEDAD EXTRANJERA Y UNA SOCIEDAD NACIONAL.*

A la luz del ordenamiento jurídico colombiano, es posible considerar viable la fusión entre una sociedad extranjera y una sociedad colombiana en virtud de la cual la primera absorba a la segunda, estableciéndose por aquella, como consecuencia, una sucursal en nuestro país que, no sólo continúe con el desarrollo del objeto social de la nacional, sino que asuma sus obligaciones.

Son fundamento de tal aserto, entre otros, los siguientes argumentos:

En primer lugar, no se conoce en nuestro sistema legal positivo, disposición o principio que prescriba la reforma en comento cuando el acuerdo o

compromiso de fusión haya de celebrarse por sociedades colombianas con extranjeras, coligiéndose, por ende, su permisividad en ausencia de la correlativa prohibición.

En segundo lugar, el ámbito de aplicación del régimen mercantil, particularmente el relativo a las normas sobre fusión, no se circunscribe únicamente a las sociedades comerciales colombianas, habida cuenta que el legislador, (artículo 1, 172 y siguientes del Código de Comercio), no limita el alcance de la misma en razón de la nacionalidad de los sujetos; mal podría el intérprete (artículo 27 del Código Civil), entonces, restringir su órbita de injerencia respecto de las extranjeras.

Por el contrario, el estatuto mercantil, lejos de discriminar o descartar en su reglamentación a las sociedades extranjeras, establece en el Título VIII de su Libro Segundo normas claras que regulan y determinan la forma como ellas pueden actuar en nuestro país, señalando además el artículo 497 ídem que en lo no previsto en dicho título, tales sociedades deberán sujetarse a las reglas generales aplicables a las compañías colombianas, salvo en cuanto estuvieren sometidas a normas especiales.

Por otra parte, a fin de determinar la normatividad aplicable al asunto en estudio y en atención a los postulados insertos en los artículos 18, 20 y 21 del Código Civil y en los Tratados Internacionales de Derecho Civil y Comercial firmados en Montevideo en 1.889, aprobados por la ley 33 de 1.992, en términos generales, resulta claro que: la existencia y capacidad de las personas jurídicas, la forma y las relaciones del contrato social y, por ende, las reformas al mismo, se sujetarán a la ley vigente del lugar donde hayan sido reconocidas como tales o tengan sus domicilios comerciales.

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

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

En este orden de ideas, para que una sociedad extranjera absorba a una nacional y, a su turno, establezca una sucursal con el propósito de emprender en forma permanente en nuestro país los negocios o actividades que la absorbida desarrollaba, es necesario que los entes participantes cumplan a cabalidad en Colombia todos y cada uno de los requerimientos ordenados por los artículos 172 y siguientes y 471 y siguientes del estatuto mercantil que, grosso modo, son:

1.- La celebración del compromiso de fusión que contenga las condiciones previstas en el artículo 173 referido; la aprobación de éste por parte de la asamblea o junta de socios de la sociedad colombiana y la expedición de la resolución o acto en que la sociedad extranjera haya acordado la fusión y consentido en dicho compromiso.

2.- La publicación por parte de los representantes legales en un diario de amplia circulación nacional, de un aviso donde se dé a conocer la aprobación del compromiso, aviso que deberá contener los requisitos del artículo 174 del Código de Comercio, de manera que, los acreedores de la absorbida, cuando sea del caso, puedan exigir las garantías satisfactorias y suficientes para el pago de sus créditos de conformidad con el artículo 175 ídem.

3.- Autorización de la operación cuando conforme a las normas sobre prácticas restrictivas a la libertad de comercio, deba ser autorizada por ciertas entidades oficiales, según la Ley 155 de 1.959.

4.- La formalización del acuerdo de fusión y del establecimiento de la sucursal mediante su protocolización en escritura pública de los documentos enunciados en el artículo 177 y en el numeral 1 del 471 del estatuto mercantil.

Ahora bien, como el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones generadas por el desarrollo de la actividad de la sociedad absorbida lo asumiría la sociedad extranjera, lo que implicaría la realización por parte de ésta de actividades permanentes, se hace imperiosa, obviamente, la incorporación por parte de la misma de una sucursal, acto que puede ser acordado como una de las condiciones del compromiso de fusión en los términos del artículo 472 ídem.

Se advierte que si del intercambio de partes de interés, cuotas o acciones que la operación implique, resultare una inversión colombiana en el exterior, será necesario que se cumplan las normas propias del régimen cambiario.

(Oficio 220-16478 agosto 30 de 1994).

3. NO ES LEGALMENTE POSIBLE QUE UNA SOCIEDAD ANONIMA SE FUSIONE CON UNA SUCURSAL DE SOCIEDAD EXTRANJERA

En forma clara y concisa el artículo 172 del Código de comercio preceptúa:

"Habrá fusión cuando una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva". (subraya el Despacho).

De la precisión de la norma se infiere que la fusión solo opera entre sociedades; es decir, para aquellos entes que legalmente constituídos forman una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados y cuya capacidad se circunscribe al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto.

A contrario sensu, la sucursal de una sociedad extranjera es un establecimiento de comercio, un conjunto de bienes corporales e incorporales, carente de personería y creado con la finalidad de servir de medio para la realización de actividades propias del objeto social y que se encuentra ligado a una casa matriz, o mejor es una prolongación de la misma,.

En consecuencia, si la sucursal o establecimiento de comercio de la sociedad extranjera solo constituye un elemento más del activo social, mal podría pensarse que pueda fusionarse ya que esta figura opera solamente entre sociedades.

Como no procede la fusión entre una sociedad anónima Colombiana y una sucursal de sociedad extranjera, 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.

Ahora bien, al enajenar el establecimiento de comercio de una sucursal de sociedad extranjera, ésta queda sin actividad y en tal caso deberá proceder a su extinción legal utilizando trámites similares a los empleados al momento de su

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

creación. Esto es, remitir a esta Superintendencia la copia del acto por medio del cual la sociedad matriz decidió no continuar desarrollando negocios en Colombia y copia de un documento a manera de cuenta final de liquidación, los cuales protocolizará en la notaría respectiva e inscribirá en el Registro Mercantil junto con la providencia por medio de la cual este Despacho aprueba la liquidación.

Cabe advertir que las copias anteriormente mencionadas deberán cumplir con las formalidades previstas en los artículos 259 y 260 del Código de Procedimiento Civil Colombiano. (Oficio EX-18765, octubre 7, 1987).

4. NO ES VIABLE LA FUSION DE UNA SOCIEDAD COMERCIAL CON UNA EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO.

Teniendo en cuenta que nuestra legislación comercial consagró la fusión para que se llevara a cabo entre sociedades comerciales, se hace jurídicamente imposible que dicha figura opere entre una sociedad comercial de cualquier tipo y una empresa industrial y comercial del Estado.

De acuerdo con la definición legal de fusión, contenida en el artículo 172 del Código de Comercio, podemos concluir en primera instancia que dicha figura opera únicamente para sociedades comerciales, categoría que no tienen las empresas industriales y comerciales del Estado, pues de conformidad con el artículo 6o. del Decreto 1050 de 1968, las empresas industriales y comerciales del estado "son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial de acuerdo con las reglas del derecho privado..."; de lo cual se desprende de si mismo que no son entes societarios, con lo cual de plano se descartaría la posible fusión.

Ahora bien, la referida fusión presenta problemas toda vez que en la fusión al igual que en la transformación los socios ausentes y disidentes tienen derecho a separarse de la sociedad, o sea, a ejercer el derecho de retiro o receso, posibilidad que no se presentaría tratándose de una empresa industrial o comercial de Estado, al no tener conformado un máximo órgano social integrado por socios o accionistas.

De otro lado, si a consecuencia de la fusión los asociados deben asumir una responsabilidad superior a las obligaciones sociales que habían contraído inicialmente, deben contar con el consentimiento de todos los asociados.

De otra parte y de acuerdo con el numeral 4o. del artículo 173 del Estatuto Mercantil, cuando la fusión es por absorción, implicaría la realización de algunas de las siguientes operaciones: o el aumento del capital, aprobado con el quórum previsto para esa reforma estatutaria, y ese aumento corresponderá al valor de los patrimonios netos que se incorporan por la fusión, o si la fusionante es una sociedad anónima y esa sociedad tiene acciones en cartera que alcanzan para compensar el valor de las aportaciones que recibe, pues entonces no necesitará hacer esa reforma, no requiriendo entonces aumentar el capital autorizado, pues bastará la correspondiente emisión de acciones a fin de colocarlas entre los asociados de las sociedades que concurren a la fusión.

Este aspecto que se comenta generaría un problema insalvable ya que, se reitera, las empresas industriales y comerciales del estado al no estar formadas como entes societarios no poseen acciones y por ende no tienen accionistas.

De este último análisis, podemos extractar una de las diferencias entre las sociedades y las empresas industriales y comerciales del estado, como son los socios o accionistas, pues estas carecen de ellos, a diferencia de lo que sucede con aquellas, pues se constituyen en asamblea o junta de socios y son los encargados de trazar los lineamientos y parámetros bajo los cuales se regirán sus negocios sociales.

En cambio la organización y el funcionamiento interno de las empresas industriales y comerciales del Estado, se sujetan a las prescripciones legales básicas contenidas en los decretos leyes 1050 y 3130 de 1968, a los cuales deben acomodarse los reglamentos que señalen la organización de la entidad, determinando una estructura interna similar a la de los establecimientos públicos, diferentes de aquella que es propia de las sociedades, y es que una empresa industrial y comercial del estado, por su filosofía, organización y estructura no puede tener accionistas.

Las anotaciones anteriores nos conducen a reiterar lo ya dicho, en el sentido de que la legislación colombiana es acorde en si misma, al permitir la fusión únicamente entre sociedades, tal como se desprende de la simple lectura de las disposiciones que regulan la figura.

Finalmente, en este punto es de anotar que la legislación tributaria es acorde con la mercantil, al regular únicamente la fusión entre sociedades, como lo preceptúa el artículo 6o. de la ley 6 de 1992.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Con lo anteriormente expuesto podemos concluir sin lugar a equívocos que una fusión de cualquier modalidad, entre una sociedad comercial y una empresa industrial del estado no es posible desde el punto de vista de nuestro ordenamiento comercial. Es de destacar que en derecho comparado tal hipótesis tampoco resulta viable.

(Oficio 220-29640 diciembre 15 de 1994).

DOCTRINAS Y CONCEPTOS JURIDICOS 1995

CAPITULO IV

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

I - INEFICACIA

1. ES UNA SANCION TIPICA QUE NO REQUIERE DECLARACION JUDICIAL

Al afirmarse que la "ineficacia de pleno derecho" implica que el acto o contrato no ha surgido al mundo jurídico, se están confundiendo dos vicios típicos, a saber: la ineficacia y la inexistencia. Ya desde el proyecto de reforma al Código de Comercio, de 1958, afirmaban sus redactores que eran sanciones jurídicas diferentes. Y es que no podría ser de otra forma, por que, si la ineficacia determina que un acto jurídico no produce efectos, se parte del supuesto de que el negocio existe, que se ha perfeccionado como quiera que en él concurren sus elementos esenciales, pero que por la violación de una norma no puede proyectarse en el mundo de las relaciones jurídicas, produciendo las consecuencias que está llamado a cumplir. Por su parte, el negocio jurídico inexistente, por no ser, no produce resultado o efecto alguno.

De otra manera no cobraría inteligencia que el legislador en su sabiduría hubiera destinado dos artículos del Código de Comercio (897 y 898) para tipificar la inexistencia y la ineficacia, si ellas constituyeran un mismo fenómeno.

Si la ineficacia deriva de la ley misma, por la violación de una de sus normas, no puede esperarse que el acto o contrato así afectado produzca sus efectos mientras el vicio sea declarado judicialmente. Sencillamente el negocio jurídico no podrá desarrollarse, vale decir, producir sus efectos. Cualquier otra consideración nos llevaría a la conclusión de que la ineficacia y la nulidad aluden a una misma figura.

Si bien el Decreto 410 de 1971 prescribe en algunas de sus disposiciones que "un acto no produce efectos" y en otras que el "acto será ineficaz", no por ello debe afirmarse que el estatuto mercantil considera dos clases de ineficacia al tenor del artículo 897, ibídem, ésto es, una que requiere declaración judicial y otra que se produce de pleno derecho, según el Código se refiera a que el acto será ineficaz o no producirá efectos, respectivamente. Tal distinción no puede ser compartida por este Despacho, además de los argumentos expuestos, porque con ella se desvirtuaría la finalidad perseguida por el legislador al consagrar la ineficacia, cual es la de sustraer a determinados asuntos del régimen de las nulidades en razón a que "...los hechos económicos se suceden con tal rapidez, que si después de un prolongado juicio se declara la nulidad, es difícil en la práctica retrotraer las cosas a su primitivo estado, tanto más cuanto en muchas

Superintendencia de Sociedades
UNICA

ocasiones se han creado situaciones jurídicas que hay que defender porque en ellas han intervenido terceros de buena fe. "(Carta del Superintendente de Sociedades dirigida a los ministros de Justicia y Desarrollo Económico, fechada el 7 de septiembre de 1970, con motivo del proyecto de Código de Comercio).

Por lo demás debe advertirse que en la exposición de motivos del proyecto de 1958, al comentar sus redactores el artículo 303, del cual fue tomado textualmente el artículo 997 del C. de Co., se expresó: "La ineficacia implica el que el negocio jurídico no produzca efecto alguno sin necesidad de declaración judicial". (el subrayado es nuestro) (Proyecto de Código de Comercio. Ministerio de Justicia. Tomo II Bogotá. 1958 Pág. 84). Nótese que quienes previeron la ineficacia en materia mercantil no entraron a distinguir si la norma se refería a que el acto "no produce efectos" o "es ineficaz", entonces, en uno u otro caso el negocio jurídico no podrá producir sus efectos, por aplicación directa de la ley.

Así entendida la ineficacia, tampoco puede basarse la pretendida distinción en que algunos actos ineficaces son susceptibles de ratificarse o sanearse.

Si tal como lo ha afirmado la Superintendencia "...la consecuencia natural y jurídica del fenómeno de la ratificación, es la de hacer que el negocio jurídico ratificado genere la plenitud de sus efectos desde el instante mismo de su constitución o celebración, vale decir, retroactivamente y no desde la fecha de su ratificación..." (se subraya) (resolución 03193, del 11 de julio de 1973), por sustracción de materia (falta de efectos), debe decirse que los actos ineficaces no pueden ratificarse. No obstante, de la lectura del artículo 390 del Código de Comercio, única norma del estatuto mercantil que prevé la ratificación de un acto ineficaz, podría inferirse que ello no es así; sin embargo, con relación a la precitada disposición debe afirmarse lo mismo que los doctrinantes comentan en torno al artículo 898, ejusdem, cuando contempla la ratificación de los actos inexistentes. El mencionado artículo 390, en lo que toca con la ratificación de las colocaciones, resultaba lógico dentro del contexto de la norma (art. 381) propuesta por la Comisión Revisora del proyecto del Código de Comercio de la cual formaban parte en 1971 los doctores Humberto Mesa González, Luis Carlos Neira, Gabino Pinzón y León Posse Arboleda que sancionaba con la nulidad las colocaciones de acciones efectuadas sin autorización de la Superintendencia.

(Resolución OA/BQ-00633, Enero 29 de 1980).

2. INSCRIPCIONES EN EL REGISTRO MERCANTIL DE ACTOS INEFICACES.

La inscripción en el registro mercantil es una formalidad tendiente, en la generalidad de los casos, a dotar de publicidad los actos sujetos a ella, haciéndolos oponibles a terceros, según lo previsto en el artículo 29 del Código de Comercio, cuyo ordinal cuarto establece: "La inscripción podrá solicitarse en cualquier tiempo, si la ley no fija un término especial para ello; pero los actos y documentos sujetos a registros no producirán efectos respecto de terceros sino a partir de la fecha de su inscripción". (se subraya).

La sanción establecida en la norma señalada se denomina inoponibilidad y consiste en que el acto sujeto a registro pero no inscrito, produce efectos para quienes lo celebraron, pero no para los terceros.

Ahora bien, para que un acto sujeto o no a registro, produzca la totalidad de sus efectos es necesario que llene los requisitos establecidos en la ley para su formación y validez; si no los llena, según la calidad del requisito omitido, la ley ha establecido la inexistencia, ineficacia, nulidad o anulabilidad el acto.

Así el hecho de la inscripción no puede otorgar a un acto mayor validez o eficacia de las que tenga antes de ella, pues ello equivaldría a una ventaja en favor de los actos sujetos a registro que repugna a nuestro sistema jurídico.

La única excepción que dicho sistema admite por razones de seguridad y certeza, es la establecida para el acto constitutivo de sociedades mercantiles en el artículo 115 del Código citado, según el cual, inscrito el acto mencionado, el contrato social sólo podrá ser impugnado por vicios de fondo.

(Resolución SV-04622, Junio 20 de 1980).

3. NO OBSTANTE LA AUTORIZACION DE LA SUPERINTENDENCIA ES INEFICAZ LA COLOCACION DE ACCIONES QUE SE REALICE SIN SUJECION AL REGLAMENTO. INTERPRETACION DEL TERMINO "DIA HABIL".

No consagra nuestra normatividad legal una definición bajo la cual deba entenderse si un día es hábil o no, por lo cual y con fundamento en los principios de hermenéutica jurídica y concretamente en aquel contenido en el artículo 28 del Código Civil, según el cual las palabras de la Ley deben comprenderse en sus

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, resulta viable acudir para efectos de definir el término "hábil" a dicho sentido y que el Diccionario de la Lengua Española señala como aquello que es "apto para una cosa", de donde se infiere, inicialmente, que para darle el calificativo de hábil a un día determinado, es preciso que el mismo sea apto para la finalidad de que trate el acto, acción u hecho que se esté analizando.

Concordante con ello, la mencionada obra dentro del término día, se ocupa en definir la acepción "día hábil" como aquel que puede ser "utilizable para las actuaciones judiciales, que es normalmente el no feriado" definiendo a su vez este último como "Aquel en que están cerrados los tribunales, y se suspende el curso de los negocios".

Con fundamento en lo anterior, ha sido reiterativa esta Entidad en afirmar que para asuntos que deban cumplirse ante la sociedad no pueden tenerse como hábiles los días sábados, si en estos en las oficinas de la administración no se labora, como sucede con las convocatorias para las reuniones de la Asamblea en que vayan a considerarse balances de fin de ejercicio, la que debe hacerse con no menos de 15 días hábiles de antelación, o el caso de las reuniones por derecho propio cuya ocurrencia puede tener lugar en un día sábado, tomando éste como primer día hábil del mes de abril, siempre y cuando sea laborable para las oficinas de administración.

Por tanto, atendiendo el criterio expresado ha de tenerse en cuenta que para determinar los días hábiles que comprende el término o duración de la oferta, ésto es, el lapso dentro del cual los destinatarios de la misma pueden expresar su voluntad de adquirir las acciones objeto de ella de acuerdo con lo que se prevea en el reglamento, sólo deben tomarse en cuenta aquellos en los cuales pueda ser de recibo la aceptación pertinente por estar disponible la administración de la sociedad, disponibilidad que opera en la medida en que las oficinas respectivas estén abiertas a los asociados para tal efecto, de suerte que los sábados se tendrán o no, como hábiles para ese fin, en la medida que se cumpla la aludida condición.

En ese orden de ideas, se tiene que siendo el reglamento de colocación "el documento contentivo de las condiciones en que deben ofrecerse las acciones para permitir la adecuada formación del contrato de suscripción respectivo" la autorización de esta Entidad, para llevar a cabo una colocación de acciones a que se refiere el artículo 390 del Código de comercio, en concordancia con el numeral 16, artículo 6o, del Decreto 2155 de 1992, comporta la aquiescencia

administrativa respecto de tales condiciones por su conformidad a dichas normatividades, permitiéndose con ello que la sociedad pertinente pueda efectuar la colocación proyectada de acuerdo con esas condiciones.

De manera que, como lo ha sostenido este Despacho, la autorización a que se refiere el artículo 390 citado, se circunscribe también a las condiciones claramente señaladas en el reglamento con base en el cual se imparta aquella y a las cuales indefectiblemente deben sujetarse las distintas suscripciones de acciones que se hagan, de modo que las que se efectúen en condiciones diferentes, escaparían a los alcances de la autorización impartida, con lo cual la colocación respectiva, carecería de la autorización exigida en la disposición legal invocada, generándose por ello la ineficacia allí consagrada.

En otras palabras, dentro de una interpretación, no simplemente literal, sino teleológica y finalista, ésto es, mirando el conjunto de las distintas disposiciones que regulan la colocación de acciones y la finalidad que con ellas se persigue, se tiene que la obligación de obtener la autorización aludida no se contrae a lograr la simple expedición del acto administrativo que la contenga, sino a la de llevar a cabo la colocación en los términos del reglamento con base en el cual se expida dicho acto, pues de lo contrario, no tendría sentido la obligación mencionada si una vez autorizada una colocación, las condiciones de la misma pudieren modificarse al arbitrio de los administradores, sin que ello produzca consecuencia alguna en relación con la suscripción ni con la conducta de los responsables.

Por lo anterior, teniendo en cuenta los dos aspectos antes señalados, ésto es, la interpretación de lo que se entiende por "día hábil" y las consecuencias de la inobservancia de las condiciones señaladas en el reglamento de colocación de acciones, luego de autorizada ésta por la Superintendencia, se concluye que resultaría ineficaz la colocación cuando para determinar el cómputo de los días en que se efectúe la oferta, se incluyan los sábados, si durante éstos no se labora ordinariamente en las oficinas de la administración, pues al reducirse con ello el término, se estaría desconociendo una de las condiciones del reglamento respectivo y, por ende los alcances de la autorización que hubiere proferido la entidad

(Resolución 220-0272, Febrero 2 de 1993).

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

II - INEXISTENCIA

1. EL CONCEPTO DE LA INEXISTENCIA HACE RELACION DIRECTA A LA CONSTITUCION O NACIMIENTO DEL NEGOCIO JURIDICO, E IMPLICA, POR TANTO, LA IDEA DE QUE NO HA LLEGADO A FORMARSE POR FALTA DE UNO O MAS REQUISITOS ESENCIALES PARA SU FORMACION.

En el evento que el contrato que pretenda dar origen a la sociedad, sea inexistente, significará que nunca tuvo vida jurídica, ni siquiera precaria, porque le faltó, ab initio, un elemento consustancial a su existencia. La doctrina coincide en que la ratificación de un contrato, solo es posible cuando él está viciado apenas de una nulidad subsanable, o más precisamente, cuando el contrato es anulable, de suerte que esté en condiciones de producir sus naturales efectos, mientras la justicia ordinaria no declare la nulidad que lo afecta.

No ocurre lo propio cuando el negocio jurídico está sancionado con la inexistencia porque en este evento -como bien anota Emilio Betti- "del negocio no existe más que una vacía apariencia, la cual, si puede haber engendrado en alguno de los interesados la impresión superficial de haberlo verificado o asistido a él, no produce, sin embargo, y en absoluto, efectos jurídicos, ni siquiera de carácter negativo o divergente". (Teoría General del Negocio Jurídico. Ed. Rev. de Derecho Privado, págs. 351 a 352).

Es que el concepto de inexistencia hace relación directa al de constitución o nacimiento del negocio jurídico, e implica, por tanto, la idea de algo que no ha llegado a formarse por falta de uno o más requisitos esenciales para su formación. Comporta pues la negación, o sea que el acto no se constituye y, desde luego, no tiene existencia ante la ley, pues no corresponde, ni siquiera, a la definición que ella trae acerca de él: es, según afirma Mario Guerrero- "la nada que, como tal, se halla desprovista de toda eficacia ya en sí misma como en sus efectos". (La Simulación en el Derecho Civil Colombiano. Ed. Máxima Bogotá, 1957, pág 69).

En este orden de ideas, si el contrato que se pretendió celebrar para constituir a la sociedad..., jamás tuvo vida jurídica porque careció, desde su nacimiento, de uno de sus elementos sustanciales, es forzoso aceptar que el intento de su pretendidos socios de ratificarlo, adicionarlo o aclararlo, mediante nueva escritura, resulta, desde todo punto de vista, un propósito fútil.

No obstante, podría arguirse que la ratificación expresa hecha por los exponentes respecto del animus societatis en uno de ellos, sí perfeccionó el

contrato a la luz de lo previsto en el artículo 898 del Código de Comercio. Empero, un examen cuidadoso del contexto de esa norma despeja todo equívoco de que el requisito exigido allí, por el legislador, no es propiamente una ratificación del acto inexistente, sino una nueva celebración del mismo, con todas las solemnidades legales, porque solo de esta manera se entiende que el acto o contrato se perfeccione o, dicho de otro modo, surta sus efectos sólo a partir de su ratificación, cuando la consecuencia natural y jurídica del fenómeno de la ratificación, es la de hacer que el negocio jurídico ratificado genere la plenitud de sus efectos desde el instante mismo de su constitución o celebración, vale decir, retroactivamente y no desde la fecha de su ratificación.

(Resolución número 03193, Julio 11 de 1973).

III - INSCRIPCION DE NOMBRAMIENTOS

1. LA REELECCION DE QUIENES SE ENCUENTREN INSCRITOS EN LA CAMARA DE COMERCIO COMO REPRESENTANTE LEGALES Y REVISORES FISCALES DE UNA COMPAÑIA NO REQUIERE DE NUEVA INSCRIPCION; NO OCURRE LO MISMO CUANDO SE TRATA DE JUNTAS DIRECTIVAS, COMISIONES O CUERPOS COLEGIADOS CUANDO LA CONFORMACION ES LA MISMA, PERO CON VARIANTES EN LOS RENGLONES O EN SU COLOCACION.

El artículo 164, inciso segundo, del Código de Comercio, prevé que la sola confirmación o reelección de quienes se encuentren inscritos en la Cámara de Comercio del domicilio social como representantes y revisores fiscales de una compañía, no requiere de nueva inscripción. El asunto es evidentemente nítido y de la mayor sencillez, de suerte que no se presentan dudas en cuanto a su interpretación y correcta aplicación.

Ahora bien, tratándose de juntas directivas, comisiones o cuerpos colegiados, dispone el artículo 197 del Código Mercantil que, cada vez que se proceda a su elección, debe hacerse mediante el sistema del cuociente electoral, en la forma que señala dicha disposición. Conviene recordar que, una vez elegida la junta, queda integrada en el orden de miembros principales y suplentes resultante al aplicar el referido sistema. Son suplentes personales aquellos que solo pueden reemplazar al miembro principal que les corresponda; son suplentes numéricos quienes pueden reemplazar a los miembros principales elegidos de la misma lista.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Puede suceder que la junta directiva quede conformada con las mismas personas que la integraban en la elección inmediatamente anterior, inscrita en el Registro Mercantil, pero con variantes en los renglones o en su colocación; por ejemplo, que quien era principal pase a ser suplente o viceversa, o bien que quien estaba en el primer renglón figure ahora en el último, para no anotar la variedad de combinaciones posibles que pueden darse en un momento determinado.

Como se aprecia, los cambios a que se alude no permiten hablar propiamente de una verdadera reelección en estricto sentido, razón por la cual es necesario hacer la inscripción correspondiente, en obedecimiento a lo ordenado sobre la materia por el artículo 163 del Código de Comercio. En este orden de ideas, resulta perfectamente explicable la insistencia de algunos empresarios para obtener de la Cámara de Comercio las nombradas inscripciones a fin de cumplir con la ley y con la exigencia que, fundada en la misma, les hace esta Entidad cuando a ello haya lugar.

Parecida reflexión debe hacerse en cuanto a las elecciones de representantes legales y revisores fiscales vr. gr. quien ostentaba la calidad de principal pasa al cargo de suplente y al contrario.

(Oficio DAL-29598 Oct. 25, 1985).

IV - INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS

1. ALCANCE DE LAS FACULTADES DEL SUPERINTENDENTE.

Proceden para prevenir actos futuros violatorios de la ley o de los estatutos.

De conformidad con lo dispuesto en los Artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política, los funcionarios públicos tienen señaladas sus funciones en la ley o reglamentos y son responsables ante las autoridades por extralimitación u omisión en el ejercicio de las mismas.

En tales condiciones ningún órgano del Estado puede realizar actos que no estén previstos o autorizados expresamente en disposiciones legales anteriores.

El alcance de la inspección y vigilancia que le atribuye la ley a la Superintendencia, se encuentra determinado en el decreto 2155 de 1992, así como en las normas contenidas en el Título II, del libro 2o. del Código de

Comercio, en los cuales se señalan los fines de vigilancia del Estado frente a las sociedades, respetando, como es de rigor, el principio de la separación de las ramas del poder público.

A la Superintendencia le está señalado, velar porque las sociedades comerciales den cumplimiento a las normas que gobiernan su constitución y funcionamiento, pero no está bajo su tutela resolver cuestiones suscitadas entre sociedades, estén o no vigiladas y los terceros que han administrado los negocios sociales, pues tal atribución además de no ser de su competencia corresponde ejercerla privativamente a la Junta de Socios,o la asamblea general de accionistas.

El Artículo 281 del Código de Comercio no puede ser interpretado exegéticamente y aisladamente del contexto legal que regula el régimen del Derecho Administrativo y Comercial, pues en su aplicación es menester encuadrarlo dentro de los parámetros generales que al efecto ha señalado la ley.

"Es principio elemental de derecho que disposiciones de un estatuto legal deben coordinarse entre sí e interpretarse de modo que formen un todo orgánico.

Peca de absurda cualquier interpretación que tome frases o artículos aislados de una ordenación legal sin mirar el contexto o el conjunto de ella". (Consejo de Estado, Sentencia del 17 de septiembre de 1954, LX Nos. 377-381 pág. 100).

Asimismo, se aclara que la falta de competencia de la Superintendencia no se deriva de lo dispuesto en el Artículo 281 del Código de Comercio, sino de las disposiciones legales que le señalan funciones específicas y el alcance de sus actuaciones.

Es de anotar que en muchos casos, se denuncian hechos consumados violatorios de la ley que, presuntamente han causado perjuicio a la sociedad y se señala al responsable de los mismos, por lo cual lo procedente no es iniciar una investigación tendiente a descubrir los hechos que ya estableció la sociedad, sino acudir ante las autoridades competentes para solicitarle de una vez el remedio a tales males.

No obstante, debe tenerse en cuenta, además, que por el numeral 15 del Artículo 6o del decreto 2155 del 1992, se faculta al Superintendente de Sociedades para "ordenar la remoción de administradores, revisor fiscal y empleados cuando en las sociedades sometidas a su vigilancia, se presenten

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

graves irregularidades que así lo ameriten". Nótese que son dos los presupuestos que saltan a la vista, por los efectos del enunciativo normativo, cuales son: la vigilancia de las sociedades y la gravedad de la o las irregularidades que así ameriten tal orden.

(Oficio OA/20609, Octubre 21 de 1980).

2. INTERES JURIDICO PARA EFECTOS DE LAS INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS

ANTECEDENTES

El antecedente originario de las hoy denominadas investigaciones administrativas se remonta a la misma ley 58 de 1931 que dió origen a esta Superintendencia, cuando en el artículo 21 de la misma se consagró la posibilidad de que cualquier ciudadano podía denunciar ante el Superintendente las irregularidades y violaciones legales en que incurrieran las sociedades anónimas, pudiendo también solicitar su disolución o su retiro de la bolsa, previo los presupuestos que fueran plasmados en el Decreto 2521 de 1950, por el cual se reglamentó aquella.

Posteriormente y con el fin de extender dicha posibilidad a cualquier persona y no simplemente al ciudadano, en los distintos proyectos que antecedieron a la expedición del Código de Comercio vigente, particularmente en el último de ellos, se señalaba que cualquier persona podía denunciar ante el Superintendente las irregularidades o violaciones legales en "que incurran las entidades sometidas a su vigilancia".

Lo anterior permite inferir que hasta la expedición del Decreto 410 de 1971, las referidas investigaciones, aunque solo eran susceptibles de practicarse sobre sociedades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia, procedían a solicitud o requerimiento de cualquier persona y que por lo tanto no era necesario para ello que el peticionario tuviere alguna relación o interés frente a la sociedad objeto de la solicitud.

Ya en el Código de Comercio vigente desde el año 1971, y como es sabido, se regulan las referidas investigaciones en los términos como las consagra el artículo 281 que frente al régimen que operó hasta entonces, contempló algunas variaciones de las cuales vale la pena resaltar aquella referente a que las

mismas ya no pueden ser solicitadas por cualquier persona, sino únicamente por aquella "que demuestre interés jurídico", así como también la atinente a que la solicitud pertinente puede referirse a cualquier sociedad y no solamente a las vigiladas por esta Entidad.

La falta de marco normativo en el régimen de sociedades que sirvan de referencia para determinar el alcance del interés jurídico al que se refiere el artículo 281 en comento, hace necesario intentar la búsqueda de un concepto aproximado que permita establecer cuando procede la solicitud de investigación administrativa formulada por una determinada persona, más aún cuando ni la doctrina, ni la jurisprudencia, han definido lo que es interés jurídico.

CONCEPTO DE INTERES JURIDICO

El interés, en términos generales, podemos entenderlo como aquella motivación o incumbencia hacía algo ya sea una persona, cosa, asunto etc, o como lo define el Diccionario de la Lengua Española en su acepción más aproximada, es aquella "inclinación más o menos vehemente del ánimo hacía un objeto, persona o narración que le atrae o conmueve". Ahora bien, como es obvio también dicho interés puede ser de cualquier clase o naturaleza, según sea a su vez la clase o naturaleza de la cosa o asunto que produzca u origine esa inclinación, es así como se habla de interés económico, cuando son aspectos de valoración material o de bienes; moral, cuando de aspectos relativos a la conciencia o a las acciones o carácter de las personas se trata; religioso, cuando se refiere a situaciones alusivas a creencias o dogmas acerca de la divinidad y así, sucesivamente.

Indudablemente, el jurídico, puede ser y es una de esas clases de interés y en tal virtud se tendrá por tal cuando dicha motivación o inclinación esté sustentada en la existencia de una relación originada en la realización, ocurrencia o ejecución de actos, hechos u operaciones generadores de efectos jurídicos. Así las cosas, el interés jurídico de una persona frente a una situación o asunto se presenta cuando se dan dos factores principalmente, primero un grado o nivel de motivación o incumbencia y en segundo término, la existencia de una relación jurídica preestablecida.

Ahora bien, si se toma en consideración las referencias que al interés jurídico se hace en otras ramas o materias de nuestro derecho positivo, como es el caso de la procesal y dentro de ella la figura referente a los terceros intervinientes,

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

resulta interesante apoyarnos en la autorizada opinión del profesor Hernando Devis Echandía quien en su análisis del interés para obrar de dichos terceros señala como en el caso de los litisconsortes, a diferencia de los coadyuvantes donde dicho interés puede descansar simplemente en un beneficio material o moral, este debe sustentarse en la existencia de un interés jurídico en las resultas del proceso que se da cuando la sentencia que ha de resolver "las pretensiones del demandante y las excepciones del demandado pueden lesionar o beneficiar un derecho propio de ese tercero, debido a la conexión jurídica que exista entre este y la relación sustancial que es objeto del proceso" (Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso, Tomo I. Duodécima Edición).

Siendo ello así y en el caso de las investigaciones administrativas, la existencia o no de interés jurídico para solicitarlas se dará en la medida de que entre el solicitante y la sociedad exista una relación jurídica y que en virtud de esa relación, aquel se pueda ver afectado por la irregularidad que esté poniendo en conocimiento. Es decir, la determinación de si hay o no interés jurídico reviste cierta complejidad a nuestro modo de ver porque no basta que exista una relación jurídica sino que es menester que en cada oportunidad se analice la misma en relación con los hechos anómalos que señale el peticionario y si ciertamente estos, pueden perjudicarlo por la presencia de aquella relación, indudablemente estaremos ante un interés jurídico.

De acuerdo con lo anterior y a título de ejemplo, tendríamos:

1. El socio o accionista indudablemente siempre tendrá interés jurídico para solicitar la investigación administrativa de la sociedad de la cual es asociado, pues esta condición supone la existencia de la relación jurídica y en segundo lugar la naturaleza de esa relación que emana del contrato social le impone su afectación o beneficio por cualquier asunto de la sociedad.

2. El acreedor, al igual que el trabajador de la empresa tienen esa relación jurídica con la sociedad respectiva pero el interés jurídico surgirá sólo en la medida de que la irregularidad o irregularidades que plantee lo pueda afectar. Así por ejemplo, si el acreedor solicita la investigación basado en el hecho de que el representante legal no convocó en debida forma a todos los socios a una reunión de asamblea en la que se trataron asuntos internos de la sociedad, indudablemente carecerá de dicho interés, lo que no se daría, Vr. Gr., si la irregularidad consiste en que la sociedad está destinando sus activos a la realización de actos ajenos a su objeto social.

3. Los administradores o revisor fiscal podrán solicitar también dicha investigación y prácticamente siempre tendrán el referido interés ya que la relación jurídica en este caso tampoco se discute, como tampoco su afectación por los hechos irregulares de la compañía, en razón a sus funciones de gestión o fiscalización y la responsabilidad que eventualmente les podría asistir por los asuntos sociales.

Conclusión

En últimas, las investigaciones de que se ocupa el artículo 281 del Código de Comercio, proceden siempre y cuando se den los presupuestos allí señalados y que podemos clasificar en presupuestos subjetivos y presupuestos objetivos.

El primero de ellos hace alusión al interés jurídico, referido a sus dos elementos: la motivación, incumbencia o inclinación, o en otras palabras, al interés propiamente dicho y la relación jurídica preexistente.

El segundo, que comprende: a) la relación de los hechos lesivos de la ley o de los estatutos, b) los elementos de juicio tendientes a comprobarlos y aunque expresamente no se señala en el referido precepto legal, c) que el conocimiento de dichos hechos sea de competencia de la entidad, pues de lo contrario la misma no podría tomar ",medida pertinente" alguna con lo cual la actuación administrativa además de carecer de resorte legal, no tendría sentido práctico alguno.

Por último, no debe perderse de vista que la Superintendencia dispone de otros instrumentos legales en relación con aquellas sociedades respecto de las cuales no se den los presupuestos para la practica de la investigación administrativa, cuales son, de una parte la vía de las operaciones intermedias que le permiten acceder a documentos de una compañía que estén relacionados con los actos realizados o contratos celebrados con una sociedad objeto de visita o investigación administrativa y de la otra, la referente a su facultad de solicitar cualquier clase de documentos en relación con sociedades sujetas a inspección y con base en ellos, si se dan las precisas causales indicadas en el artículo 1o. literal a) del Decreto 1258 de 1993, someter a la respectiva sociedad a su vigilancia.

(Memorando 220-180, Agosto 23 de 1994)

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

V - JUNTA DIRECTIVA

1. AUNQUE ESTATUTARIAMENTE PUEDEN PACTARSE REGIMENES DE INCOMPATIBILIDADES DE SUS MIEMBROS, NO ESTA DENTRO DE LA ORBITA DE ESTA SUPERINTENDENCIA EL CALIFICARLAS.

El contrato de sociedad una vez celebrado constituye ley para las partes. Teniendo en cuenta las previsiones estatutarias, la junta directiva de la sociedad debe proceder de conformidad en cada caso en concreto y si surgieren diferencias por motivo de la aplicación, deberá someterse la controversia a un tribunal de arbitramento cuando así lo dispongan los estatutos, el cual deberá sujetarse a las previsiones del Decreto 2279 de octubre de 1979 modificado por la ley 23 de marzo de 1991.

Así las cosas, si bien es cierto que en virtud de la función de vigilancia de las sociedades sujetas a la Superintendencia de Sociedades, corresponde velar por que se cumplan normalmente sus estatutos, también lo es que no está dentro de la órbita de sus facultades el calificar las actuaciones de los asociados, pues como se dejó establecido, ello en primera instancia corresponde a la junta directiva y para el caso de que surgieren diferencias, al tribunal de arbitramento.

En cuanto al nombramiento de junta directiva, previene el legislador que el máximo órgano rector, en quien reside la facultad de elegirla (artículos 187 atribución 4a. del Código de Comercio, en concordancia con el 436 ibídem), debe hacerlo aplicando el sistema del cuociente electoral, como una forma de proteger a las minorías asegurando su representación en ellas, pues en principio no permite la provisión parcial de estos cargos (artículo 197 del Código de Comercio).

No obstante, consagra el citado artículo 197, en su inciso tercero, una excepción a la regla general de elección de dicho cuerpo colegiado y es aquélla en la cual las vacantes se provean por unanimidad, vale decir, que integrado el quórum deliberativo y decisorio requerido en los estatutos y en la ley para el efecto, los accionistas, con el voto unánime de la totalidad de las acciones presentes en la reunión efectúan, el respectivo nombramiento.

(Oficio EX-24204, Septiembre 11 de 1991).

2. COMO LA JUNTA DIRECTIVA NO ES UN ORGANO DE OBLIGATORIA EXISTENCIA EN LAS SOCIEDADES LIMITADAS, EN LOS ESTATUTOS PUEDE PACTARSE LIBREMENTE SOBRE SU FORMACION Y FUNCIONAMIENTO, SALVO EN LO REFERENTE A LA FORMA DE SU ELECCION Y A LA DURACION DE SUS MIEMBROS EN EL EJERCICIO DEL CARGO.

De acuerdo con la ley mercantil vigente, en una sociedad de responsabilidad limitada se puede pactar la existencia de la JUNTA DIRECTIVA, como justificación o razón de conveniencia en la administración de la empresa social, dada su situación de cuerpo intermedio entre los asociados y los ejecutivos de la compañía o, más concretamente, entre la junta de socios y el representante legal, toda vez que, como administradores colocados en tal situación, representan una indudable garantía para los asociados y para los gerentes mismos, con quienes comparten la responsabilidad de la administración permitiendo así el buen desarrollo del ente societario.

Ahora bien, no siendo dicho órgano social de obligatoria existencia en la sociedad limitada, en los estatutos puede estipularse libremente sobre su conformación y funcionamiento, salvo en lo referente a la forma de elección y a la duración de sus miembros en el ejercicio del cargo, pues al tenor de los artículos 197 y 198 del Código de Comercio que forman parte de las normas generales aplicables a cualquier sociedad, aquella debe hacerse por cuociente electoral y con relación a la duración, debe fijarse un período. Igualmente y por obvias razones, debe determinarse exactamente el número de sus miembros.

Las atribuciones que a la Junta Directiva se le confieran se expresarán en los estatutos, pues, de lo contrario y conforme al artículo 438 del Estatuto Mercantil, en concordancia con el artículo 372 ibídem, se entenderá que la Junta Directiva tendrá atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y para tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines.

De lo anterior se deduce que el máximo órgano social tiene a su arbitrio, dejando a salvo las que son funciones privativas de la junta de socios como las de reformar los estatutos, aprobar los balances, distribuir las utilidades, etc., conferir a la JUNTA DIRECTIVA las funciones que se consideren pertinentes, entre ellas, la de elegir al gerente y fijarle su remuneración. De hecho, del artículo 198 citado se infiere que la elección del gerente o gerentes puede delegarse por disposición expresa de los estatutos en Juntas Directivas elegidas por el máximo órgano social. (Oficio SL-15389 Julio 30, 1987).

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

3. CUANDO UNA PERSONA JURIDICA ES MIEMBRO DE LA JUNTA DIRECTIVA EN UNA SOCIEDAD MERCANTIL, CORRESPONDE A SU REPRESENTANTE LEGAL EJERCER LOS DERECHOS Y CUMPLIR LAS OBLIGACIONES PROPIAS DE SU CARGO Y SI ESTE ES REMOVIDO CONTINUA SU SUPLENTE MIENTRAS SE INSCRIBE EN EL REGISTRO MERCANTIL EL NUEVO NOMBRAMIENTO.

Con fundamento en inequívoca interpretación de la ley, cuando una persona jurídica es miembro de la junta directiva en una sociedad mercantil, corresponde a su representante legal ejercer los derechos y cumplir las obligaciones propias de su cargo de acuerdo con la ley y los estatutos sociales en el referido cuerpo colegiado.

Conforme con la previsión del artículo 164 del Código Mercantil, las personas que se encuentren inscritas en la Cámara de Comercio del domicilio social como representantes de una sociedad, conservan dicho carácter para todos los efectos legales, mientras no sea cancelada tal inscripción a través del registro de un nuevo nombramiento o elección. Añade la norma que la sola confirmación o reelección de las personas ya inscritas no necesitan de nuevo registro.

Pese a que constituye un hecho suficientemente conocido, no sobra recordar que en caso de ausencia accidental o definitiva del representante legal principal, los llamados a reemplazarlo son sus suplentes, inscritos en el registro mercantil, en su orden si fueren varios, quienes tienen vocación legal para el efecto con todas las facultades, atribuciones y derechos que aquél posea en el normal desenvolvimiento de su función. Lo anterior, desde luego, mientras se provea la respectiva vacante.

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 título personal, sino en nombre de la persona jurídica a la cual representa, como lo indican las expresiones que se emplean para referirse a él: representante legal.

Es importante aquí hacer hincapié en que la calidad de representante legal de la compañía solo puede ser ostentada por su titular o su suplente según el caso, mientras permanezcan inscritos en esa condición en el Registro Mercantil

(Oficio DAL-03810 Febrero 24 de 1986).

4. EN LA LEGISLACION MERCANTIL NO EXISTE NORMA ALGUNA QUE PROHIBA QUE LA MISMA PERSONA QUE SEA DESIGNADA COMO PRESIDENTE DE LA JUNTA DE SOCIOS, LO SEA TAMBIEN COMO PRESIDENTE DE LA JUNTA DIRECTIVA.

En nuestra legislación mercantil no existe norma alguna que prohiba que la misma persona que sea designada como presidente de la junta de socios, lo sea también como presidente de la junta directiva, por cuanto dicha facultad es totalmente potestativa de los asociados y si dicho acto se ajusta a las estipulaciones del contrato social, no se presentaría ninguna improcedencia. Así por ejemplo en los estatutos se puede pactar en el capítulo correspondiente a la junta de socios, que por un tiempo determinado las reuniones de este órgano serán presididas por la persona que ella designe, y el capítulo referente a la junta directiva señalar que éstas serán dirigidas por la misma persona que gobierna la junta de socios, lo cual es legalmente aceptable.

Desde luego, en las compañías de responsabilidad limitada, no es obligatoria la creación de la junta directiva, sino que es potestativo crearla en los estatutos y su regulación convencional puede incluir su existencia integrada por socios o extraños. Esta posibilidad no contraviene ninguna norma legal, por el contrario, es un desarrollo lógico de la atribución que a la junta de socios le confiere el ordinal 5o. del artículo 358 en armonía con los artículos 197 y 198 del Código de Comercio.

En cuanto a la representación legal de la sociedad limitada que en principio corresponde a los socios, si bien es cierto, que conforme al artículo 358 ordinal 5o. citado, ésta puede delegarse en un gerente, no quiere ello decir, que a dicho funcionario no se le puede designar con otras expresiones similares, tales como presidente, director, etc., o que además del gerente existen otros funcionarios que simultáneamente con aquél lleven total o parcialmente la representación de la sociedad.

La norma legal invocada no puede interpretarse en sentido estricto en cuanto a que en defecto de los socios solamente "un gerente" (se subraya) es el que puede llevar la representación legal de la sociedad, pues en las disposiciones generales, vr.gr. los artículos 196 y 198 del estatuto mercantil, se señala que la administración y representación se sujetará a lo previsto en el contrato social y se hace mención a las personas encargadas de ella y no que las mismas correspondan a determinados cargos; de suerte que, cuando el artículo 358 precitado hace alusión a un gerente, se debe entender en el sentido que la

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

representación anotada puede delegarse por los asociados en un funcionario o funcionarios determinados, no requiriéndose que ésta o éstos tengan que ser necesariamente un gerente o gerentes.

Ahora bien, por la razón anotada, y por no existir disposición legal que expresamente lo prohiba, puede estatutariamente pactarse que el presidente de la Junta de Socios y de la Junta Directiva pueda ejercer todas o algunas funciones de representación, no obstante la existencia del cargo de gerente, requiriéndose eso sí, que el nombramiento respectivo se inscriba en el registro mercantil (artículo 163 del régimen mercantil) y que se haga para un período determinado en los estatutos, período durante el cual, la persona que desempeñe dicho cargo, actuará como representante legal y como presidente de las reuniones que efectúen los órganos sociales citados.

Es de anotar que, mientras en los estatutos no se otorgue expresamente la facultad de representación legal al presidente de los órganos referidos, éste por el solo hecho de ser nombrado como tal, no tiene la tan nombrada representación.

(Oficio SL-22499 Diciembre 11 de 1986)

5. LA ELECCION DE SUS MIEMBROS DE LISTAS PRESENTADAS POR UNA SOLA PERSONA SE AJUSTA A DERECHO, SIEMPRE Y CUANDO QUE EL MAXIMO ORGANO SOCIAL HAYA DELIBERADO Y DECIDIDO CON ESTRICTA SUJECION A LOS ESTATUTOS Y A LA LEY.

La ley ha establecido con precisión la forma en que opera el mecanismo del cuociente electoral. En efecto, al tenor del artículo 197 del Código de Comercio, "siempre que en las sociedades se trata de elegir a dos o más personas para integrar una misma junta, comisión o cuerpo colegiado, se aplicará el sistema de cuociente electoral. Este se determinará dividiendo el número total de votos válidos emitidos por el de las personas que hayan de elegirse. El escrutinio se comenzará por la lista que hubiere obtenido mayor número de votos y así en orden descendente. De cada lista se declararán elegidos tantos nombres cuantas veces quepa el cuociente en el número de votos emitidos por la misma, y si quedaren puestos por proveer, éstos corresponderán a los residuos más altos, escrutándolos en el mismo orden descendente. En caso de empate de los residuos decidirá la suerte.

Los votos en blanco solo se computarán para determinar el cuociente electoral. Cuando los suplentes fueren numéricos podrán reemplazar a los principales elegidos de la misma lista.

Las personas elegidas no podrán ser reemplazadas en las elecciones parciales, sin proceder a nueva elección por el sistema de cuociente electoral, a menos que las vacantes se provean por unanimidad.

El artículo 197 del Código de Comercio es una norma de carácter imperativo y por lo tanto, de obligatorio cumplimiento, lo cual significa que estatutariamente no se puede desatender su contenido. Solamente se podrá aclarar o complementar.

Sobre el particular el tratadista José Gabino Pinzón afirma que la exigencia de que la elección de la junta directiva, tanto en sus miembros principales como de sus suplentes, se haga por el sistema de cuociente electoral persigue como finalidad "asegurar en las juntas la participación de los distintos criterios que puedan representar ocasionalmente distintos grupos de accionistas. Lo cual no excluye, como se dijo entonces, la posibilidad de elecciones por unanimidad, cuando no ocurren esas disparidades de criterios, ya que en tal caso no hay necesidad de proteger a grupos disidentes...", (Sociedades Comerciales, Tipos o Formas de Sociedades -Volumen 2, Ed. Temis pág. 245).

Se pueden presentar tantas listas cuantas deseen los accionistas, porque la ley no ha impuesto ninguna limitación en este sentido. Más bien, por el contrario, la posibilidad de que todos los accionistas presenten listas, busca salvaguardar los derechos de los diversos grupos representados en la asamblea.

De otra parte, el artículo 197 citado, es claro con respecto a la situación que se presenta cuando ninguno de los postulados para llenar las vacantes obtiene suficientes votos para alcanzar una curul por cuociente. En este evento, como es lógico, debe tenerse en cuenta que, como en todo caso debe proveerse la vacante, quien tenga el residuo más alto será la persona elegida para ocupar el cargo.

(Oficio AN- 0672, Enero 18 de 1991).

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

6. LA INTERVENCION DE LOS SUPLENTES EN LA JUNTA DIRECTIVA ESTA SUPEDITADA A LA AUSENCIA DE LOS PRINCIPALES.

La Junta Directiva se integra como órgano social únicamente con la participación de los miembros principales, pues los suplentes tienen simples expectativas de intervenir en su composición, en los casos de ausencia temporal o definitiva de los principales, de acuerdo al régimen propio de las suplencias.

Por lo mismo, no existe en principio, a favor de los suplentes, un derecho de exigir que se les admita en las reuniones de la junta directiva, sino que esta facultad de intervenir en aquéllas surge en forma excepcional cuando acaece la condición de la que pende el nacimiento de su derecho, o sea cuando falte alguno de los miembros principales. En tales circunstancias, tienen no solamente un derecho de asistir sino una verdadera obligación, consecuencia de haber aceptado su inclusión en la junta directiva en calidad de suplentes.

Desde luego, esto no implica para los suplentes una imposibilidad absoluta de asistir a las reuniones de la junta directiva simultáneamente con los miembros principales, pues en determinadas reuniones la junta puede tener interés en permitir que los suplentes participen en las deliberaciones. Sin embargo, en tales casos de excepción la intervención de los suplentes está condicionada a que medie un pronunciamiento expreso de la junta autorizando su actuación.

De lo expuesto se concluye que cuando los suplentes asistan a una reunión de la junta directiva por invitación de ésta, desde luego que están autorizados, pero no obligados a concurrir, no tienen derecho a devengar honorarios, ni puede otorgárseles esta prerrogativa por decisión de la junta. Una concesión en tal sentido tendría que ser autorizada por la asamblea, (artículo 187 atribución 4a. del Código de Comercio), toda vez que tal determinación es simplemente espontánea y no indispensable para la buena marcha de las actividades sociales, afecta las utilidades de la compañía y va en detrimento de los derechos que los accionistas tienen sobre ellas.

Lo anterior no se aplica cuando la actuación de los suplentes se cumple en ejercicio de su vocación a reemplazar al principal, pues en tal caso, según se anotó, adquiere derecho de asistir a las reuniones con las mismas calidades y atribuciones que corresponden a los miembros principales.

(Oficio Núm. 06371. Abril 20 de 1977).

7. LA JUNTA DIRECTIVA NO PUEDE SESIONAR DE MODO PERMANENTE EN EL EXTERIOR. DESDE LUEGO, ES INDIFERENTE QUE SUS MIEMBROS SEAN NACIONALES O EXTRANJEROS.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la Junta Directiva es un órgano social colectivo o plural, integrado por no menos de tres miembros que, por lo mismo, pueden tener intereses divergentes. Por consiguiente, cada uno de éstos tiene derechos que puede, hacer valer frente a los demás, en cuanto tales derechos pueden verse comprometidos o vulnerados en un momento dado.

En segundo término, debe recordarse que la Junta Directiva se designa por el sistema de cuociente electoral, para que en su seno tengan representación las diferentes orientaciones en que puedan encontrarse agrupados los asociados. Lo anterior implica que, a favor de cada miembro de la Junta Directiva, existe un derecho a no verse colocado en imposibilidad de asistir a las reuniones de dicho órgano social, y aún a que no se dificulte su participación en ellas, desde luego que su facultad de intervenir responde al querer de la Asamblea de que en tales reuniones este debidamente representado el grupo de asociados que determinó la elección de dicho miembro.

De acuerdo a lo expuesto, si bien es posible que ocasionalmente la junta directiva se reúna en un lugar distinto del domicilio social -inclusive en el exterior- normalmente sus reuniones deben llevarse a cabo en el domicilio principal de la compañía, o por lo menos en el lugar donde tenga su asiento de administración. De consiguiente, la Junta Directiva no puede sesionar en el exterior de modo "permanente", pues si la sociedad ha de desarrollar su objeto social en el territorio nacional, y tal órgano social es esencialmente de administración para cumplir las actividades que integran el objeto, mal puede servir a cabalidad este propósito desempeñando sus funciones a control remoto y en forma aislada.

Como aplicación práctica de lo expuesto puede afirmarse que en una Junta Directiva de cinco miembros, más derecho tiene uno de los integrantes para exigir que cualquier reunión se verifique en el domicilio principal de la compañía, que los cuatro restantes para requerir que la reunión se efectúe en un lugar distinto del domicilio social. En términos generales, se dirá que cada miembro de la Junta Directiva tiene a su favor el derecho de exigir que las reuniones se realicen en el domicilio social, y a disfrutar de la posibilidad de concurrir sin obstáculos a dichas reuniones, en las oportunidades y dentro de las condiciones a que haya lugar, de acuerdo a su calidad de principal o suplente.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Es indiferente que los miembros de la Junta Directiva tengan la condición de nacionales o extranjeros. En cuanto a la posibilidad de que residan permanentemente en el exterior, aún cuando no será la situación ideal para atender adecuadamente los compromisos contraídos, es viable desde el punto de vista de la Legislación Mercantil Colombiana. Desde luego, la aceptación del cargo supone la voluntad de asistir a las reuniones y cumplir diligentemente las demás obligaciones emanadas de su aceptación y, por ende, quien lo acepta es responsable por los perjuicios que su negligencia irrogue a la compañía".

(Oficio Núm. 05165, Abril 4 de 1977).

8. LA JUNTA DIRECTIVA POR SER UN ORGANO INTERMEDIO ENTRE LA ASAMBLEA Y LOS REPRESENTANTES LEGALES NO PUEDE INTRODUCIR REFORMAS ESTATUTARIAS, ASI SE REFIERAN A ESTIPULACIONES QUE NO TRATEN ASUNTOS DE FONDO.

Siendo el contrato de sociedad un acuerdo multilateral de colaboración que da origen a una persona jurídica diferente de los socios, individualmente considerados, la formación de la voluntad social está reglada por normas especiales que constituyen el régimen de las mayorías en los órganos de dirección de tales personas.

Así, el artículo 188 del Código de Comercio, dispone que, reunida la asamblea en el lugar del domicilio social con sujeción a las leyes y a los estatutos en cuanto a convocación y quórum, las decisiones que se adoptan con el número de votos previstos en los estatutos o en las leyes, obligarán a todos los asociados, aún a los ausentes o disidentes, siempre que tales decisiones tengan carácter general y se ajusten a las leyes y a los estatutos.

Esta norma se funda en la naturaleza de la asamblea, órgano colegiado donde se produce la llamada voluntad social; es decir, la voluntad de los socios expresada en forma colectiva, para decidir las cuestiones que atañen a la existencia y funcionamiento de la empresa en la cual están todos empeñados. De ahí que el artículo 187 ibídem, establezca en forma imperativa las funciones que debe ejercer dicho órgano, siendo la primera entre ellas: "Estudiar y aprobar las reformas de los estatutos", reformas que tienden a modificar una relación jurídica patrimonial en cuya formación intervinieron, tantas partes autoras de su propia declaración de voluntad, cuantas personas se asocien, en cuyo desarrollo todas y cada una tienen la vocería de un interés común.

Aunque la Junta Directiva no ha merecido especial regulación en cuanto a las funciones que la competen y más bien se ha dejado al arbitrio de los asociados su determinación, cabe afirmar que, por ser un órgano administrativo y colaborador de los representantes legales, su actividad se circunscribe a lograr el cumplimiento de los fines para los cuales se constituyó la sociedad; para lo cual puede, salvo disposición estatutaria en contrario, ordenar que se celebre o ejecute cualquier acto o contrato comprendido en el objeto social, al tenor de lo dispuesto por el artículo 438 de la misma obra.

Por esto se dice que la Junta Directiva es un órgano intermedio entre la asamblea y los representantes legales, porque si bien puede asesorar a la primera, no está capacitada para tomar las medidas que a ella competen, salvo delegación expresa de la ley: y, si bien puede ordenar que sea celebrado cualquier acto o contrato en desarrollo del objeto social, no representa ella misma a la sociedad.

Entonces, es insostenible la tesis que la Junta Directiva puede introducir reformas estatutarias así se refieran a aquellas estipulaciones que no traten asuntos de fondo para adecuarlas al texto legal, ya que el artículo 187 de nuestro ordenamiento mercantil atribuye esta facultad, exclusivamente a la Asamblea General de Accionistas.

(Oficio Núm. 05611, Abril 19 de 1978).

9. NO ES JURIDICO PACTAR EN EL REGLAMENTO INTERNO DE LA JUNTA DIRECTIVA LA SANCIÓN DE EXPULSIÓN DE UNO DE SUS MIEMBROS YA QUE LA REVOCACION, REEMPLAZO O EXPULSION ES FUNCION PRIVATIVA DE LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 420, ordinal 4o. del Código de Comercio, encontramos entre las funciones propias indelegables asignadas a la Asamblea General de Accionistas la de elegir y remover libremente a los funcionarios cuya designación le corresponda, según los estatutos o las leyes (artículo 187 ídem). Precisamente, entre dichos funcionarios están los miembros de la Junta Directiva, ya que el artículo 436 ibídem, expresamente indica que "los principales y los suplentes de la Junta serán elegidos por la Asamblea General para períodos determinados y por cuocientes electoral, sin perjuicio de que puedan ser reelegidos o removidos libremente por la misma asamblea".

Superintendencia de Sociedades
DIRECCION

De esta forma, con base en las disposiciones comerciales mencionadas de carácter imperativo, se determina que la elección y remoción de los miembros de la Junta Directiva, constituye una función privativa (se subraya) de la Asamblea General de Accionistas.

Es así como de conformidad con lo consagrado en el artículo 163 del Estatuto Mercantil, los administradores, entendiéndose por ellos, entre otros, a los miembros de la Junta Directiva, no perderán la calidad de tales sino por la revocación o reemplazo que de su designación efectúe el órgano social correspondiente, o sea, la asamblea, es decir que en el evento de no haber pronunciamiento sobre ello por parte del órgano competente, la persona sigue ostentando la calidad de miembro de la Junta, y por ende, de administrador.

Por lo expuesto, no es posible pactar en el reglamento interno de la Junta Directiva la sanción de expulsión de uno de sus miembros, ya que dicha reglamentación contraría las normas de la legislación comercial vigente, pues bien es sabido que las disposiciones de carácter imperativo no pueden ser desconocidas, ni mucho menos derogadas por convenios particulares (art. 16 del Código Civil).

Así las cosas, la pérdida de la calidad de miembro de Junta Directiva, ya sea por la revocación, reemplazo o expulsión, es función que compete única y exclusivamente a la Asamblea General de Accionistas.

Por otra parte, es pertinente considerar si está o no obligado el revisor fiscal a convocar a la asamblea general de accionistas en el caso de persistencia por parte de la junta directiva en la aplicación de la sanción de expulsión a uno de sus miembros.

En el artículo 207 del Código de Comercio se enumeran por vía general, las funciones propias del Revisor Fiscal que constituyen el conjunto de obligaciones o deberes que la persona designada debe cumplir en el ejercicio de dicho cargo.

Dentro de esas funciones se encuentra la de convocar al Máximo Organo Social a reuniones extraordinarias cuando así lo exijan las necesidades imprevistas o urgentes del ente societario (artículo 207, ordinal 8o. y 423 de la obra citada).

En consecuencia, la situación expuesta puede ser considerada como una necesidad imprevista o urgente de la sociedad que debe ser puesta a

consideración de la asamblea. Por lo tanto, el revisor fiscal debe convocar a la Asamblea con el fin de informar lo acaecido y así dar solución a la controversia planteada.

(Oficio AN-20278, Noviembre 10 de 1987)

10. NO SE ENCUENTRA IMPEDIMENTO LEGAL PARA QUE UN MIEMBRO DE DICHO CUERPO COLEGIADO RECIBA REMUNERACION DIFERENTE POR PARTE DE LA SOCIEDAD CON OCASION DE UN TRABAJO PROFESIONAL PRESTADO.

En el artículo 438 del Código de Comercio se regula en forma genérica las atribuciones de la Junta Directiva, que no son más que las de "...ordenar que se ejecute o celebre cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y para tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines", consignándose en el artículo 434 ídem que éstas se expresarán en los estatutos, debiendo circunscribirse éstos, lógicamente, al marco general atrás anotado, no pudiendo, por ende, tomar facultades que competen exclusivamente a otro órgano social. Al reglamentar sus funciones, el legislador dió pautas para que en el contrato social ellas se limiten, dando a los particulares amplio margen para reglamentar el tema en comento. Sin embargo, no ofreció regla alguna que prohiba a sus miembros celebrar, con el ente societario, contratos que generen el pago de ciertos honorarios por dichos conceptos. Y ello resulta razonable, habida cuenta que las funciones que se otorgan a la junta directiva son las de servir como órgano administrativo y colaborar con los representantes legales. Que posea este órgano las mentadas atribuciones, no es óbice o impedimento para que bajo determinadas circunstancias, a libre arbitrio del ente societario, se decida encomendar determinada asesoría o trabajo particular a un tercero, que bien puede ser miembro de su junta directiva, en razón de ser conocido por la sociedad, o por cualquiera otra circunstancia que lo amerite. Uno y otro trabajo no resultan incompatibles; es más, pueden eventualmente facilitar la buena marcha de la compañía, toda vez que la persona contratada, al ser miembro de la Junta Directiva, conoce más a fondo y con mayor amplitud la forma como se desarrolla el objeto societario que un tercero, para quien, a efectos de adelantar el trabajo encomendado, debe previamente recaudar todos los antecedentes sociales pertinentes.

Sin embargo, es del caso recalcar que, al atribuirle el legislador amplias facultades a los particulares para reglamentar el tema en comento, jurídicamente

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

es viable que éstos consagren expresamente en el contrato social la prohibición para que los miembros de la Junta Directiva reciban remuneraciones diferentes a aquellas que les corresponden como tales y por ende, en este evento, quedan inhabilitados estatutariamente para recibir cualquier remuneración por concepto diferente.

(Oficio EX-41979, Noviembre 2 1988).

11. NO EXISTE IMPEDIMENTO LEGAL PARA PACTAR O RECONOCER PRESTACIONES O COMISIONES EN FAVOR DE SUS MIEMBROS POR ACTIVIDADES DIFERENTES DE LAS QUE LE COMPETEN DENTRO DE LA ESFERA DE SUS ATRIBUCIONES.

Ante todo es del caso poner de relieve que las personas que integran la junta directiva en las sociedades mercantiles son administradores de la compañía. Esta calidad no se altera ni desdibuja por la circunstancia del carácter colegiado de dicho órgano social, o sea por el hecho de que sus determinaciones deban ser adoptadas colectivamente, con arreglo a las disposiciones legales y cláusulas estatutarias que lo regulan.

Dentro de los preceptos de nuestro derecho positivo antedichos, no existe establecido impedimento alguno para pactar o reconocer prestaciones o comisiones en favor de los miembros de la junta directiva por concepto de actividades adelantadas por ellos, diferentes de las que les compete dentro de la esfera de sus atribuciones y funciones, dentro de la estructura jurídica y organizacional de la sociedad. Con lo anterior, se quiere significar que, en ese aspecto, deberá estarse a lo estipulado válidamente en el estatuto, en acatamiento a los principios de la autonomía de la voluntad privada.

Ahora bien, en principio, tampoco se encuentran reparos relacionados con el punto objeto de comentario en cuanto a la moral o las buenas costumbres; pero conviene tener presente que, como ya se dijo, contractualmente es posible establecer limitaciones o incompatibilidades en el sentido de impedir que los miembros de la junta directiva de una sociedad puedan llevar a cabo ciertos actos u operaciones distintas a las que son inherentes o propias de su cargo, y ello con fundamento en consideraciones de orden absolutamente subjetivo, que ubican el asunto en el terreno de lo ético, vale decir, en el ámbito axiológico. Por ello, se insiste en que, al respecto, debe consultarse atentamente el estatuto social para verificar si en él se han plasmado prohibiciones que tengan que ver con el

asunto, a fin de obrar de conformidad con tales convenios que forman parte del contrato de sociedad y que constituyen ley para las partes, en la medida que hayan sido legalmente celebrados, como lo prevé el artículo 1602 del Código Civil.

Vale la pena advertir que aunque no existe incompatibilidad para ejercer cargos directivos en una sociedad a los gerentes de otras, tal hecho no pone a salvo a los administradores de responderles a la sociedad, a los socios y a terceros, tales como oferentes de productos o servicios similares por los perjuicios que se les ocasione con su conducta culposa o dolosa, conforme lo dispone el artículo 200 del Código de Comercio.

(Oficio DAL 0494, Enero 16 de 1991).

12. PERIODICIDAD DE SUS REUNIONES.

Es preciso considerar que en ninguna de las normas del Código de Comercio se determina la periodicidad en las reuniones de la Junta Directiva y que, por consiguiente, queda a la libre estipulación de los asociados la fijación de las fechas en que deba reunirse en forma ordinaria este órgano de administración de la sociedad anónima. Dentro de este orden de ideas son, pues, las necesidades de la empresa y el conjunto de las atribuciones que se asignen a dicho órgano,las pautas que van a regir este aspecto de por sí importante en la vida social.

Por razones de orden lógico, solamente, este Despacho haría hincapié en que la Junta Directiva requiere dos reuniones mínimas anuales:

En la primera, inmediatamente siguiente a su elección, se trataría de la instalación de la Junta, delegación de funciones, nombramientos, etc. y en la última, la aprobación de los estados financieros, informes, etc., que deben ser presentados a la Asamblea General de Accionistas.

Ahora bien: en empresas de gran desarrollo, la periodicidad de las reuniones de la Junta Directiva estaría condicionada, como ya se dijo, a la complejidad de los negocios relacionados con la administración social y -sin duda alguna- a la confección y aprobación de los estados financieros de períodos intermedios, entre otros, que van a constituir el fundamentos y base del balance final. (Oficio número OA-05542, Abril de 1973).

Superintendencia de Sociedades
DIVISION

13. PUEDEN LAS JUNTAS DIRECTIVAS SESIONAR VALIDAMENTE Y TOMAR DECISIONES POR MEDIO DE TELECONFERENCIAS

No obstante no darse en estricto sentido una reunión de la junta directiva con la presencia física de todos o algunos de sus integrantes, dicha reunión es plenamente válida cuando la presencia se patentiza por cualquiera de los medios artificiales y tecnológicos que hacen posible la multiplicidad de ubicación simultánea o coetánea de cada uno de ellos, siendo factible la válida manifestación de la voluntad.

De acuerdo con los artículos 434, 438 y el 110 en su sexto numeral del Código de Comercio, serán las funciones de la junta directiva las convenidas por los socios a su arbitrio en los estatutos o, en defecto de esa expresa estipulación, es decir, supletivamente "se presumirá que la junta directiva tendrá atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o celebre cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y para tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines.

En este orden de ideas, habida cuenta que la junta directiva es un órgano administrador y que, por ende, sus miembros son gestores mancomunados, se desprende, por lo tanto, que la esencia misma de sus funciones se encuentra, precisamente, en el contenido de sus decisiones, como quiera que se trata de una serie de medidas que son directrices y determinantes, en un todo o en parte, definitiva o temporalmente, en la forma de administrar los negocios sociales y en el adecuado desarrollo y cumplimiento de los fines de la empresa.

Se entiende de suyo que, en virtud de la esencia de la gestión de la junta directiva y del plural encargo conferido a sus miembros, es necesario que éstos obren conjuntamente, ésto es, en forma colegiada y con vocación colectiva en el cabal desempeño de sus funciones, conjugándose, de esta manera, dos aspectos de carácter operativo que correlativamente dependen entre sí, como son, por una parte, la organización o reunión de esos miembros como un todo y , por otra, la adopción o toma de sus decisiones de éstos en aquél.

Asi las cosas, a la luz del artículo 437 de la referida codificación, cuando se señala por su tenor que "la junta directiva deliberará y decidirá válidamente con la presencia y los votos de la mayoría de sus miembros, salvo que se estipulare un quórum superior", claramente se observa la disposición por el legislador de los aspectos de carácter operativo examinados, y la manera como deben conjugarse, de modo que, efectivamente, tengan lugar las decisiones del

dicho órgano que son su esencia y razón de ser, más aun si se ha de tener en cuenta que su literal exige como requisitos necesarios para la validez de las deliberaciones y decisiones, tanto la presencia, como los votos de la mayoría de sus miembros.

Ahora, si bien la transcrita disposición exige la presencia para la toma de las decisiones, es de anotarse que aquella no debe entenderse rigurosamente bajo el contenido literal y exegético que implica dicho término, definido como "la asistencia personal o estado de la persona que se halla delante de otra u otras o en el mismo paraje que ella" (Diccionario de la Lengua Española, Madrid - España, 1984 (20), Tomo II, pg. 1100), sino como presupuesto que tiene como fin la funcionabilidad del órgano administrador y, específicamente, la formación de la voluntad del mismo.

Y es que ha de tenerse en cuenta que la presencia no sólo se define como la asistencia personal sino también como "la acción de estar presente", ésto es, "actual, dícese del tiempo en que la acción del verbo ocurre en el momento actual., época actual" (Diccionario Larousse, Santafé de Bogotá, D.C., Colombia, 1993) (Subraya fuera de texto).

Así, el significado de la presencia como imperativo responde al énfasis que hace el legislador del mismo para asegurar, valga decir, como presupuesto en la conjugación de los aspectos operativos mencionados, por una parte, ese conjunto o mancomunado obrar en forma actual y coetánea y, por otra, la igualdad de condiciones como garantía, no sólo para el acceso directo, personal y recíproco en el intercambio del conocimiento de los asuntos que les conciernen y de los argumentos que les sirven de sustento, sino, y lo más importante, para deliberar y decidir en la misma oportunidad, a un mismo tiempo y de igual forma, más aún si se ha de considerar que tanto los requisitos, del quórum como el de una mayoría decisoria tienen como propósito fijar un parámetro o medida de una efectiva participación y de una debida y cuantitativa representación del consenso general del ente, es decir, de su voluntad colectiva.

Tal exegética interpretación, a más de entender la presencia, sólo como uno de los tantos modos o formas que existen para la manifestación de la voluntad y no como principio fundamental de garantía, no consulta la multiplicidad de modalidades o facetas de que es capaz toda persona para participar directa e inmediatamente en aras de determinar y, en consecuencia, expresar su autónomo decidir, circunscribiendo o delimitando sin mayor acierto,

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

la declaración de la voluntad solamente a la corporeidad o estado físico, como mecanismo para la declaración de la misma.

Así, si se tiene que, hace tres décadas la presencia de los miembros de junta directiva, exegéticamente entendida como física, tiene razón de ser en la intención de legislador basado en la incapacidad de los medios o mecanismos de la época para ofrecer esa garantía que hemos hablado por sistemas análogos, que supliesen su ubicación espacial, es claro, que en el contemporáneo acontecer esa interpretación desconoce y, por, ende, limita el alcance de su esencia únicamente a una modalidad de expresión ignorando de plano el prevalente ejercicio en forma plena de la dicha facultad, según se ha anotado.

Hoy en día, por el contrario, resulta poco aceptable circunscribir el sentido de la presencia a tales exegéticas interpretaciones, habida cuenta que con motivo de las necesidades del ahora y de los avances de la ciencia y de la tecnología, a los que el intérprete no puede ser ajeno y menos aun indiferente especialmente en el campo de las redes de comunicación vr.gr. teleconferencias, videoconferencias, videotelefonía, etc, son otros los parámetros dimensionales que gobiernan las relaciones modal -espacio- temporales, haciéndolas más complejas, pero más dinámicas e integrales; así, a manera de ejemplo, se habla de la automatización de las convenciones en las cuales es posible utilizar, junto con otros, el sistema de teleconferencias, que consiste, básicamente, en una unidad de líneas telefónicas nacionales e internacionales, que permita entablar conversaciones entre varias personas, a un mismo tiempo, que se encuentren ubicadas en lugares distintos y distantes, facilitando no sólo un real, completo, recíproco y amplio intercambio de información sobre las distintas particularidades de los asuntos que ellos tratan, sino también la manifestación de su opinión o decisión en la misma forma, ésto es, simultánea, coetánea y conjuntamente, sin que para el efecto deban estar unos en presencia física de los demás.

Tal práctica no es desconocida en muchos lugares del mundo en donde las reuniones de tipo empresarial, conocidas como reuniones no presenciales, se llevan a cabo por medio de estos sistemas de redes de comunicación sin que para el efecto se requiera de una misma ubicación espacial.

Así, en las reuniones no presenciales, este requisito de la presencia, lejos de desaparecer, se mantiene incólume, pero bajo una distinta modalidad de ocurrencia; los presupuestos que la ley exige como una mínima garantía no se han desvirtuado, simplemente, la circunstancia de situación física es concebida por otra de las tantas diversas formas de manifestación de voluntad generada por

unos medios artificiales y tecnológicos que hacen posible la multiplicidad de ubicación simultánea o coetánea de todos y cada uno de ellos, lográndose igualmente con ello, que deliberen y decidan los asuntos que les conciernen mediante una clara, recíproca, activa y dinámica declaración de la voluntad tanto individual como la finalmente colectiva que, en últimas, es el fundamental propósito de tales reuniones.

En conclusión, actualmente, es posible entender la presencia a que se refiere el artículo 437 de la codificación mercantil en un sentido más acorde y armónico con nuestra realidad, dando así un significado más dinámico a la institución protegida por el derecho positivo, sin que con ello se desvirtúe en modo alguno la sanción en él consagrada y la inteligencia de su tenor y, por ende, considerar jurídicamente viable que la junta directiva puede deliberar y decidir validamente, con el voto de la mayoría de sus miembros, en reuniones no presenciales que se celebren por medio de teleconferencias, siempre que la voluntad de sus directivos haya sido manifestada en forma inequívoca y su consentimiento se encuentre exento de error, fuerza o dolo, siendo de todas formas, necesario levantar un acta donde se deje constancia de todo lo ocurrido.

(Oficio 220-29457, Diciembre 13 de 1994).

14. QUORUM PARA DELIBERAR EN LAS JUNTA DIRECTIVAS. LAS REUNIONES POR DERECHO PROPIO NI LAS DENOMINADAS DE SEGUNDA CONVOCATORIA PROCEDEN EN LAS JUNTAS DIRECTIVAS.

No obstante que la ley determina el quórum deliberativo para las juntas directivas, se puede pactar un quórum mayor, cuando así se disponga estatutariamente.

En lo atinente a las mayorías que deben darse para que las decisiones tomadas dentro del seno de la junta directiva sean plenamente válidas a la luz de las disposiciones legales, el legislador, de manera nítida e inequívoca, consagra que la junta directiva deliberará y decidirá válidamente con la presencia y los votos de la mayoría de sus miembros, salvo que se estipularé un quórum superior... (El subrayado es nuestro) (Artículo 437 del Estatuto Comercial).

Debido a ello, para que sean válidas las decisiones adoptadas por el cuerpo colegiado, es indispensable que las mismas se adopten con sujeción a lo que sobre el particular preceptúa la ley o, en su defecto, lo que se encuentre

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

estipulado en los estatutos, los cuales, no está por demás mencionar, son ley para las partes y como tal, prevalecen frente a las disposiciones de orden legal cuando éstas tienen carácter supletivo, como es el caso del artículo 437 ídem, en lo que al quórum se refiere.

Por tanto, es preciso tener en cuenta que, para que el órgano que venimos tratando, pueda tomar decisiones a la luz de las disposiciones legales y estatutarias, debe primero contar con la presencia del número de miembros que integran el quórum deliberativo.

Por otra parte, es necesario indicar que ni las reuniones por derecho propio ni las denominadas reuniones de segunda convocatoria a las que se refieren los artículos 422 y 429 del Código de Comercio, proceden en tratándose de juntas directivas, toda vez que están consagradas única y exclusivamente para los máximos órganos de las sociedades, vale decir, asamblea general de accionistas o junta de socios, como nítidamente se aprecia de la lectura de las disposiciones legales pertinentes, lo que entre otras, se explica por el hecho de que, si bien la realización de las reuniones de los mencionados órganos puede en ocasiones dificultarse, ya sea por causa de los administradores o negligencia de los asociados, en cuyo caso tiene justificación ese tipo de reuniones especiales, no sucede así con las de la junta directiva, si se tiene en cuenta que sus miembros son de libre elección y remoción del máximo órgano social, lo que le permite a éste cuando lo estime conveniente o necesario, proceder a modificar su composición.

(Oficio 220-1951, Enero 12 de 1995).

15. SI EL ORGANO DE ADMINISTRACION ESTA COMPUESTO POR CINCO MIEMBROS PRINCIPALES CON SUS RESPECTIVOS SUPLENTES, DOS HERMANOS NO CONSTITUYEN MAYORIA PARA LOS EFECTOS DEL ARTICULO 435 DEL CODIGO DE COMERCIO.

El artículo 435 del Código de Comercio prohibe que las juntas directivas de cualquier sociedad, con excepción de las de familia, estén compuestas por una mayoría (se subraya) formada por personas ligadas entre sí por matrimonio o por parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Así las cosas, en términos generales no se está violando la prohibición establecida en la norma en comento, porque si el órgano de

administración está compuesto por cinco (5) miembros principales con sus respectivos suplentes, dos (2) hermanos no constituyen mayoría.

Ahora bien, si entre cinco (5) miembros principales y cinco (5) suplentes, dos de ellos son hermanos y suplentes que nunca asisten a las reuniones, mal podrían violar la norma referida, porque no constituyen la mayoría de los miembros que integran el órgano colectivo. Nótese además, que no inciden para nada en las determinaciones puesto que nunca asisten a las sesiones.

Por otra parte, sí puede sesionar válidamente la junta en este caso y sus decisiones son válidas puesto que los dos (2) hermanos (miembros principales), no constituyen una mayoría, aún en el caso de que la junta deliberara y decidiera con sólo tres (3 de sus miembros; de la misma disposición se desprende que la mayoría la forman tres (3) y no dos (2).

Así mismo, puede actuar y tomar cualquier tipo de decisiones sin contrariar, la disposición legal citada, la junta directiva que delibera y decida con el quórum previsto en los estatutos o en la ley para el efecto, aún cuando, el quórum deliberatorio y decisorio se integre por un miembro que tenga un hermano en la junta y que no asistió a la reunión. La disposición legal en comento lo que prohibe es que en las juntas directivas haya una mayoría cualquiera (decisoria), formada por las personas a que hacen relación.

(Oficio AN-37604, Septiembre 19 de 1988).

16. SU CONFORMACION Y QUORUM EN LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 372 del Código de Comercio, las sociedades de responsabilidad limitada se regirán ante todo por lo prescrito en el título correspondiente a este tipo de sociedades o por los estatutos y, de manera supletiva, por las disposiciones para las sociedades anónimas.

Como en el título de las sociedades de responsabilidad limitada no se expresa nada sobre Junta Directiva, se debe entender, según lo reglado en el artículo 372 mencionado, que sobre la materia se aplicará lo previsto en los estatutos y, en su defecto, en el régimen de las sociedades anónimas.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Ahora bien, si en los estatutos sociales se establece como quórum decisorio la mayoría de los miembros de la Junta Directiva y ésta se compone de seis, se tiene que concluir lo siguiente:

1. Las decisiones de dicho Cuerpo Colegiado se adoptarán siempre con el voto favorable de 4 de sus miembros:

2. La mayoría prescrita en la norma estatutaria se basa en el número total de miembros que conforman la Junta Directiva y no en el número de asistentes a la reunión, razón por la cual no se ajustarán a derecho las decisiones adoptadas por 3 de los 4 miembros presentes en la respectiva sesión.

3. Al no tener previsto el contrato social mayorías decisorias distintas para las reuniones ordinarias y extraordinarias, se entenderá que, en uno y otro caso, el quórum decisorio requerido es la mayoría de los miembros que componen la Junta Directiva.

(Oficio EX-43806, Diciembre 12 de 1988).

17. TENIENDO EN CUENTA QUE CUMPLE FUNCIONES DE GESTION Y NO DE REPRESENTACION, LA CALIDAD DE MIEMBRO DE LA MISMA NO LA DA EL REGISTRO SINO LA ACEPTACION DEL CARGO.

El artículo 163 del Estatuto Mercantil preceptúa: "La designación o revocación de los administradores o de los revisores fiscales previstos en la ley o en el contrato social... no estará sujeta sino a simple registro en la Cámara de Comercio, mediante copias del acta o acuerdo en que conste la designación o la revocación".

Teniendo en cuenta que es innegable que los miembros de la junta directiva son administradores y que el objeto de la inscripción en el registro mercantil es el dar publicidad a dichos actos para que puedan ser oponibles a terceros, se debe entender que ésta debe hacerse en el menor término posible, toda vez que la ley no señaló un plazo para el efecto.

No obstante lo anterior, se observa que de acuerdo al contexto de la ley mercantil (artículo 164 del Código de Comercio), la calidad de miembro de la junta directiva no la da el registro, sino la aceptación del cargo.

Así las cosas, la inscripción de tales nombramientos no cumplen otra finalidad que la de informar a los terceros; publicidad que es útil en la medida que la junta directiva comparte con el representante legal el manejo de los bienes y negocios de la empresa y, en principio, tiene atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o celebre cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y para tomar determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines (artículo 438 ibídem).

(Oficio AN-34241, Agosto 19 de 1988).

VI - KNOW - HOW

1. EN LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

Si el Know-How consiste en derechos sobre la propiedad industrial, tales derechos pueden llevarse al capital social de una compañía de responsabilidad limitada, como aporte en especie. Si el Know-How, consiste en industria puede avaluarse su retribución periódica para liberar cuotas de capital.

La doctrina del despacho sobre aporte de Know-How, es del siguiente tenor:

En primer lugar debe precisarse el significado de Know-How, para averiguar si es susceptible de ser aportado al fondo social y si, a cambio de tal bien la sociedad puede emitir acciones de capital.

Según el Diccionario Wester's Third New International, el Know-How es el conocimiento práctico sobre la manera de hacer o lograr algo con facilidad y eficiencia. Obtener algo aprovechando hasta el máximo los esfuerzos, habilidades y experiencias acumuladas. "La Superintendencia lo identifica con la noción de industria, y concluye que un aporte de tal naturaleza no puede, en ningún caso, entrar a formar parte del capital de la compañía y que, por lo tanto, debe generar solamente acciones de industria.

"Al estudiar un poco más a fondo lo que debe entenderse por Know-How, este despacho ha llegado a la conclusión de que es un intangible, en el cual pueden distinguirse los siguientes elementos:

Superintendencia de Sociedades
DIRECCION

"1o. La tecnología o conjunto de planos, inventos, patentados, o no, diseños, manuales, informaciones, etc., que constituyen un sistema para elaborar un objeto determinado o para perfeccionar, acelerar o simplificar su producción.

"2o. La asistencia técnica, cuando es indispensable en el proceso de producción.

"3o. El carácter secreto y exclusivo de dichos conocimientos y sistemas.
"En consecuencia, no debe confundirse el Know-how con la asistencia técnica - llamada industria- pues ésta es apenas un elemento de aquél.

"Como de la explotación de un Know-How determinado se derivan beneficios económicos, no hay duda de que se está en presencia de un bien apreciable en dinero.

"En estos términos, este Despacho recoge los conceptos expuestos en doctrinas anteriores".

En efecto, el artículo 136 del Código de Comercio dispone que "los aportes de establecimientos de comercio, derechos sobre la propiedad industrial, partes de interés, cuotas o acciones, se considerarán como aportes en especie". Por consiguiente, cuando el aporte de Know-How está constituído solamente por derechos sobre la propiedad industrial (invenciones, patentes, modelos, manuales) es un aporte en especie que debe ser avaluado en la forma prevista por los artículos 132 o 135 del Código citado, según el caso.

El artículo 137 del mismo Código dispone que puede ser objeto de aportación la industria o trabajo personal de un asociado sin que tal aporte forme parte del capital social. La industria, entendida como el artificio o destreza para hacer alguna cosa, y el trabajo personal, pueden aportarse estimados en determinado valor o con prescindencia de dicha estimación.

En el primer caso, al tenor de lo dispuesto por el artículo 138 del Código citado con tanta insistencia, "la obligación del aportante se considerará cumplida sucesivamente por la suma periódica que represente para la sociedad el servicio que constituya el objeto del aporte". También puede estipularse en el pacto social que con la suma en que se haya estimado el trabajo personal o la industria de un asociado, y que periódicamente debe serle abonada en cuenta excepto cuando el respectivo ejercicio registre perdidas, se rediman o liberen cuotas de capital

social. Desde luego, en las compañías de responsabilidad limitada ello debe hacerse mediante reforma del contrato.

Cuando el aporte de trabajo o de industria no se avalúa, "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". (Artículo 38 del Código de Comercio, segundo inciso).

Así las cosas, cuando el Know-How que pretenda aportarse consista en derechos sobre la propiedad industrial (invenciones, patentes, modelos, manuales, etc.) y en la industria (asistencia técnica), es indispensable separar sus elementos: los derechos sobre la propiedad industrial deben llevarse al capital social como aportes en especie; la industria puede aportarse sin que forme parte del capital social; pero si se avalúa, es posible estipular que con la retribución periódica que a ella corresponda se liberen cuotas del mencionado capital; si no se avalúa, el aportante solo tendrá derecho a participar en las utilidades y en cualquier superávit, en la forma que se estipule.

De esta guisa, el intangible denominado Know-How puede aportarse a una compañía de responsabilidad limitada, siguiendo de manera estricta las anteriores pautas.

(Oficio número 07867, Junio 12 de 1972).

VII - LIBROS DE COMERCIO

1. UN LIBRO DE ACTAS PUEDE RECONSTRUIRSE TOMANDO COMO BASE LA COPIA DE LAS ACTAS QUE OBRAN EN LOS ARCHIVOS DE LA COMPAÑIA.

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

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

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

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

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

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

2. Si son simple fotocopias, es necesario establecer su autenticidad, antes de su transcripción, 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.

(Oficio SL-07757, Abril 6 de 1987).

VIII - LIQUIDACION DE SOCIEDADES

1. CON LAS SUMAS DE DINERO CORRESPONDIENTES A LAS RESERVAS CONSTITUIDAS PARA ATENDER OBLIGACIONES LITIGIOSAS, UNA VEZ CULMINE LA LIQUIDACION, DEBE CELEBRARSE UN CONTRATO DE FIDUCIA.

El Máximo Organo social ha decidido constituir una reserva en poder del liquidador para atender las obligaciones litigiosas que puedan resultar de los fallos de conformidad con el artículo 245 del Código de Comercio; es correcto que la mencionada reserva esté en poder del liquidador hasta que termine el proceso

liquidatorio. Pero culminada la liquidación, respecto de socios y terceros, este Despacho considera que lo procedente es que con los dineros correspondientes a la mencionada reserva, creada con el fin de garantizar las obligaciones condicionales o litigiosas (artículo 245 del Código de Comercio), se celebre un contrato de fiducia, con el ente debidamente autorizado por el Superintendente Bancario, en el cual el liquidador como fideicomitente transfiere el monto correspondiente a la reserva al fiduciario para que éste la administre y cumpla la finalidad prevista en el mencionado artículo 245 y, como consecuencia de ello, transfiera a los fideicomisarios o beneficiarios correspondientes parte o la totalidad de la reserva de acuerdo con lo establecido en el mencionado contrato. Por lo expuesto, deberán figurar como beneficiarios las siguientes personas en su orden:

1. En cabeza de quien las resultas del fallo favorecerían en la eventualidad de hacerse exigible la oligación.

2. Las personas que aparecían como accionistas en la fecha en que se aprobó por el Máximo Organo Social la cuenta final de liquidación en proporción al número de acciones que eran titulares en ese momento, en caso de ser favorable para la sociedad la decisión final sobre los impuestos en litigio.

3. A favor de las personas a que nos referimos en los numerales 1 y 2 en proporción a sus derechos, en caso de que la sociedad fuere condenada por un monto inferior al fondo apropiado para garantizar la obligación litigiosa.

La figura anotada permite garantizar plenamente la finalidad prevista en el artículo 245 del estatuto mercantil, por ser la forma como se protegen plenamente los intereses de las personas que tienen a su favor una obligación litigiosa (en este caso la Administración de Impuestos), teniendo en cuenta que las acciones de los accionistas y de terceros contra el liquidador prescriben en 5 años contados a partir de la aprobación de la cuenta final de liquidación y la decisión del litigio podría sobrepasar éste lapso. Por consiguiente, en estos casos los socios y terceros carecerían de acción contra el liquidador para hacer efectivos sus derechos, por cuanto dicha acción se ha extinguido por el transcurso del tiempo.

(Oficio EL-2569, Maro 5 de 1981).

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

2. *APROBACION DE LA CUENTA FINAL EN REUNIONES DE SEGUNDA CONVOCATORIA.*

Del contenido del artículo 248 del Código de Comercio, se deduce que habrá quórum para aprobar la cuenta final de liquidación con el sólo hecho de que asista un solo socio a la reunión, pues para que haya lugar a una sesión por segunda convocatoria, se necesita que a la primera no haya asistido ningún asociado. En el caso que asistieran dos socios habría quórum, luego sí habría reunión de asamblea.

Además debe tenerse en cuenta que las decisiones se toman por persona, cualquiera que sea el valor de las acciones que representen en la sociedad.

No obstante lo anterior, como en la mencionada reunión no se aprobó la cuenta final de liquidación, habiendo quórum para ello y se expresaba en el acta que se convocaría a una nueva, no puede entenderse aprobada la mencionada cuenta, si no asiste ningún asociado, por cuanto no se llenó el presupuesto de ley de que en la reunión anterior no haya asistido ningún asociado. Si asiste uno o más éste o aquellos podrán decidir sobre ella.

(Oficio EL-1980, Febrero 26 de 1981).

3. *APROBACION DE LA CUENTA FINAL INTERPRETACION DEL ARTICULO 248 DEL CODIGO DE COMERCIO.*

El artículo 248 inciso 2o. del Código de Comercio dispone que una vez hecha la liquidación de lo que a cada asociado corresponda en los activos de la compañía, el liquidador debe proceder a convocar al Máximo Organo Social para que se le imparta aprobación a las cuentas de dicho administrador del patrimonio social y al acta contentiva de la distribución del remanente de tales activos sociales, luego de haber sido cancelado el pasivo externo. Advierte la norma que las referidas 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 compañía.

Considera este Despacho que la expresión "podrán" empleada por el legislador en la norma antedicha, cuando se refirió a la aprobación de las nombradas determinaciones, significa que el mecanismo jurídico allí establecido solo tiene operancia, si no se da el quórum deliberativo previsto en la ley o en el

contrato para las demás reuniones del Máximo Organo Social, pues de configurarse, las decisiones en cuestión requerirán el voto de la mayoría decisoria igualmente consagrada estatutariamente, o cuando en forma expresa se pacte que para los fines de las aprobaciones que nos ocupan será necesario el voto de la mayoría de los asociados que asistan, en los términos del artículo 248 inciso 2o. del Código de Comercio, pues en este evento nos hallamos simplemente ante el uso directo de la posibilidad en él consagrada. De suerte que debe quedar perfectamente claro que en torno a este punto de asambleas y juntas de socios finales, han de tenerse en cuenta las prioridades normativas señaladas para las aludidas aprobaciones.

En este orden de ideas, es fácilmente entendible que el asunto objeto de estudio presenta un desarrollo descendente en cuanto a las mayorías que son menester para la aprobación de las cuentas citadas, hasta el punto de que, si luego de haber sido convocados por dos veces los socios para el propósito antedicho ninguno concurrió, se tienen por aprobadas las cuentas de los liquidadores, las cuales no podrán impugnarse posteriormente (Art. 248 inciso 3o. C. de Co.). Lo dicho permite precisar entonces: para aprobar la cuenta final de liquidación, se requiere que la decisión sea adoptada por la mayoría decisoria pactada al efecto en el estatuto, si no se conforma el quórum deliberativo de la asamblea, se procederá conforme con lo previsto en el articulo 248 inciso 2o. del Código de Comercio, en cuyo caso la votación debe ser por cabezas.

Así entendidas las cosas y con el ánimo de llegar a una mayor inteligencia en la hermenéutica de la norma que se comenta, conviene poner de relieve que la misma consagró la posibilidad que, durante la etapa liquidatoria de las sociedades comerciales tenga lugar una asamblea o junta de socios (la final), susceptible de ostentar perfiles particulares, que la diferencian en su estructura y objetivos de las demás que tienen lugar en el lapso de la vida social. En apoyo de la anterior afirmación, se tiene el hecho anotado que las decisiones consistentes en la aprobación de las cuentas de los liquidadores y la final de liquidación puede ocurrir simplemente con el voto positivo de la mayoría de los asistentes, sin que sea necesario atender la magnitud de sus aportaciones, representadas en partes de interés, o en cuotas o en acciones, según sea la especie de sociedad. Se insiste en que en tales ocasiones se vota por cabezas, pues ese es el sentido inequívoco de este precepto cuyo fundamento lo orienta a facilitar al máximo los asuntos finales de la liquidación del patrimonio de las compañías mercantiles para evitar dilaciones innecesarias, particularmente tratándose de aquellas oportunidades en las cuales poco o nada queda para ser distribuído entre los asociados porque buena parte, o todo el activo, se ha empleado en la cancelación del pasivo

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

externo. No es infrecuente en estos casos que los socios, desprovistos de interés económico decidan hacer caso omiso a la citación para constituirse en asamblea o junta final a fin de aprobar las cuentas atrás mencionadas, circunstancia esta que explica el por qué de las facilidades consagradas por la ley al respecto.

(Oficio OA- 18966, Septiembre 12 de 1983).

4. CONSIDERACIONES ACERCA DEL PROCESO LIQUIDATORIO. RESPONSABILIDAD Y ACCIONES QUE PUEDEN SURGIR DEL MISMO.

PRIMERO: Naturalmente, todos los pasivos de la compañía deben relacionarse pormenorizadamente en el inventario del patrimonio social de la compañía. En este estado financiero deben incluirse todas las obligaciones de la sociedad "inclusive de las que solo puedan afectar eventualmente su patrimonio, como los condicionales, las litigiosas, las fianzas, los avales, etc." (inciso lo. del artículo 234 del Código de Comercio).

Es por lo anterior por lo que las obligaciones litigiosas, que existan con anterioridad a la elaboración y presentación ante el Superintendente del inventario del patrimonio social, deben aparecer en el documento precitado, debidamente respaldadas por una provisión suficiente para garantizar el eventual pago de las deudas que puedan resultar en el momento de hacerse exigible la obligación. Dicha reserva debe ser adecuada, lo que significa que debe corresponder al "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. (Resolución No. 10929 del 18 de agosto de 1978 expedida por esta Superintendencia).

SEGUNDO: Desde luego, el artículo 245 del Código de comercio es una norma imperativa, y por lo tanto, de obligatorio cumplimiento. El principio general que orienta el régimen de la liquidación de Sociedades en Colombia, es el de proteger con el patrimonio de una sociedad las obligaciones que ésta tiene con terceros (pasivo externo). Por esta razón los socios no pueden exigir ni recibir el pago de su cuota social hasta tanto se haya cancelado la totalidad de las obligaciones con terceros (artículo 144 ibídem).

Con todo, no debe perderse de vista que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 258 del Estatuto citado, "los terceros no podrán impugnar la liquidación si

esta se ajusta al inventario aprobado por el Superintendente de Sociedades y a las reglas señaladas en este capítulo ".

TERCERO: La determinación de las responsabilidades es un asunto que compete de manera exclusiva a la autoridad jurisdiccional. Por tanto, solamente los jueces de la República, con fundamento en el conocimiento concreto de las circunstancias de hecho que ocasionan perjuicios a terceros, pueden hacer un pronunciamiento de fondo sobre la presencia de dolo o culpa en las actuaciones de socios, administradores o revisores fiscales.

Sin embargo, en términos generales, pueden hacerse las siguientes afirmaciones:

a. En principio y, salvo lo dispuesto por las normas tributarias, la responsabilidad de los accionistas de la sociedad anónima es limitada al monto de los aportes (artículo 373 de la obra citada). Es por ello por lo que la ley no prevé que éstos deban responder por actuaciones relacionadas con el proceso liquidatario (artículo 252 del Estatuto Comercial).

b. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 255 ibídem, "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". De manera, pues, que si el liquidador de la sociedad, por negligencia o mala fe en el ejercicio de sus funciones, procede al pago del pasivo externo sin sujeción a las normas legales y, en particular, a lo consignado en el inventario del patrimonio social aprobado por la Superintendencia, puede comprometer su responsabilidad frente a terceros.

c. Al tenor de lo dispuesto por el artículo 211 del Estatuto Mercantil, "el revisor fiscal responderá de los perjuicios que ocasione a la sociedad, a sus asociados, o a terceros, por negligencia o dolo en el cumplimiento de sus funciones". Lo anterior significa que si se demuestra la culpabilidad del funcionario en sus actuaciones relacionadas con el trámite liquidatorio, puede comprometerse la responsabilidad del revisor fiscal, siempre que se adelante el correspondiente proceso judicial.

CUARTO: El Código de Comercio ha establecido con absoluta claridad las acciones que se derivan de la liquidación de sociedades mercantiles. En efecto, dicho estatuto prevé acciones de los asociados entre sí (inciso lo. del artículo 256), acciones de los socios y terceros contra los liquidadores (Inciso 2o. de la misma norma) y, desde luego, acciones contra los revisores fiscales, de

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

acuerdo con las normas generales sobre responsabilidad en el ejercicio de su funciones.

En el evento de una sociedad anónima, no habrá acción de los terceros contra los socios por las obligaciones sociales (artículo 252 del Código de Comercio).

(Oficio AN-27307, Noviembre 27 de 1990).

5. EFECTOS DE LA RENUNCIA VALIDAMENTE PRESENTADA POR UN LIQUIDADOR.

Tratándose del cargo de liquidador, principal o suplente, de una sociedad comercial, la renuncia necesariamente tiene que presentarse ante el órgano que de acuerdo con los estatutos sea competente para hacer la designación pues el artículo 228 del Código de Comercio prescribe que "la liquidación del patrimonio social se hará por un liquidador especial, nombrado conforme a los estatutos o a la ley.", y a falta de indicación al respecto, ante la Asamblea General o Junta de Socios ya que al tenor del artículo 187, numeral 4o. ibídem es atribución del máximo órgano social "hacer las elecciones que corresponda, según los estatutos o leyes, fijar las asignaciones de las personas así elegidas y removerlos libremente".

En términos generales, una de las características de los administradores de la sociedad mercantil, es la de su revocabilidad por lo que bien puede el máximo órgano social proceder a remover a un representante legal, liquidador, o incluso al revisor fiscal, sin que sea obligatorio su reemplazo en forma simultánea, pues en nuestro ordenamiento comercial no se encuentra norma alguna que expresa o tácitamente así lo exija.

Cierto es que el artículo 164 del Código de Comercio preceptúa que: "Las personas inscritas en la Cámara de Comercio del domicilio social como representantes legales 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...", pero también lo es que ello no significa cosa contraria a que frente a terceros se da prevalencia al orden externo de la compañía sobre el orden meramente interno y por eso, aunque se lleve a cabo una designación válida de liquidadores, representantes legales o revisores fiscales, ante terceros no produce efectos

mientras no sea modificado el registro público mediante la inscripción del nombramiento que se lleve a cabo.

Desde otro punto de vista, cuando un representante legal, liquidador o revisor fiscal presentan renuncia a su cargo y es aceptado, se produce la disolución de los vínculos jurídicos y, en consecuencia, desaparecen, para el futuro, los derechos y obligaciones de dichas personas y la sociedad, inherentes a su ejecución, subsistiendo, tan sólo, los impuestos por la naturaleza de ciertas prestaciones, como sucede, por ejemplo, con las pensiones de jubilación y de invalidez.

Con lo hasta ahora expuesto, todo apunta con certeza a reconocer que cuando un representante legal, revisor fiscal o liquidador renuncia a su cargo y el órgano rector se reúne y acepta la renuncia propuesta o, por iniciativa propia dicho órgano los decide remover, cesa la obligación de ellos en forma inmediata para con la sociedad, aún incluso ,sí no se ha nombrado inmediatamente su reemplazo y, por ende, no se cancele su nombre en el registro mercantil del domicilio social. (artículo 164 ídem).

Es más, la sociedad puede acudir a la Cámara de Comercio respectiva e inscribir el acta que sólo contenga la decisión de la remoción o aceptación de renuncia del revisor fiscal, liquidador o representante legal no pudiéndose negar la inscripción por el hecho de que no se haya efectuado la designación del reemplazo, toda vez que ello no estaría acorde con el artículo 163 del Código de Comercio que dispone que: "La designación o revocación de los administradores o de los revisores fiscales previstas en la ley o en el contrato social no se considerará como reforma, sino como desarrollo o ejecución del contrato, y no estará sujeta sino a simple registro en la Cámara de Comercio, mediante copias del acta o acuerdo en que conste la designación o la revocación". (se subraya).

Adicionalmente es indispensable aclarar que la ley tampoco impuso la obligación de no dejar vacantes jamás los cargos de liquidador, representante legal o revisor fiscal y de obligarla a que simultáneamente con la revocatoria de uno de esos cargos tengan la obligación de hacer una nueva designación.

Habiendo elaborado el anterior estudio, es necesario dilucidar el inconveniente que se presenta cuando, un liquidador presenta renuncia del cargo ante el máximo órgano social, por no tener la voluntad de seguir atado a la sociedad y el mencionado órgano no decide sobre dicha renuncia dejando pasar el tiempo, perjudicando a la persona respectiva.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Por su parte, el artículo 25 de nuestra Constitución Política consagra que "el trabajo es un derecho" y que "toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas", mientras que el artículo 11 del Código Sustantivo del Trabajo reza que "toda persona tiene derecho a trabajo y goza de libertad para escoger profesión y oficio dentro de las normas previstas por la constitución y la ley", derecho fundamental que necesariamente tiene que llevar implícita la prerrogativa que tiene toda persona de renunciar al trabajo en un momento determinado; caso contrario sería creer, en forma, por demás ilógica, que una persona está obligada a permanecer indefinidamente en un trabajo el cual sólo puede dejar cuando lo decida en forma unilateral el empleador.

Por ello, la ley 50 del 28 de diciembre de 1990, prevé en su artículo 5o. literal h), la terminación del contrato por "decisión unilateral en los casos de los artículos 7o. del Decreto Ley 2351 de 1965 y 6o. de esta Ley"; lo que significa que frente a dichos presupuestos un trabajador puede comunicarle al empleador que da por terminado en forma unilateral y por justas causas el respectivo contrato laboral.

Tratándose de un liquidador, puede ser viable que, de igual manera la ocurrencia de los casos que señalan las normas legales citadas, den lugar a la terminación unilateral del contrato de trabajo existente entre éste y la sociedad, lo cual puede darse mediante la renuncia presentada ante el órgano social competente para ello.

Dada esta circunstancia, restaría por indagar sobre la viabilidad de la inscripción de la renuncia en el registro mercantil lo que a juicio de este Despacho si podría darse si se tiene en cuenta que según se infiere del artículo 28 del estatuto mercantil, está sujeto a tal requisito todo acto que afecte la administración de los bienes o negocios del comerciante, y una renuncia fundada en claros presupuestos legales, indudablemente tiene tal incidencia.

Por último y en lo que toca a la responsabilidad dentro del proceso liquidatorio, resulta pertinente acudir a lo ya expresado en anterior oportunidad por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca cuando en fallo de la Sección Primera del 18 de diciembre de 1991, producida en el proceso No. 362, dijo: "De modo que si laboralmente una persona a dejado de ejercer las funciones de representante legal o de revisor fiscal de una sociedad, así figure inscrito en el registro mercantil en uno de esos cargos, no puede responder por y ante esa sociedad por las actuaciones desarrolladas con posterioridad a su desvinculación, pues en este caso no tienen ninguna fuerza vinculante con la misma ni

acatamiento interno que les permita desarrollar gestión alguna. Y si producida la desvinculación laboral de la persona que actuaba como representante legal o revisor fiscal de una sociedad aquella pierde posibilidad de ejercer las funciones que le correspondía, lógicamente no se le puede señalar responsabilidad administrativa, disciplinaria o penal por las actuaciones desarrolladas con posterioridad a su retiro de la sociedad en la cual actuaba con uno de esos cargos".

(Oficio 220-15609, Agosto 10 de 1994).

6. EL LIQUIDADOR NO PUEDE RESPALDAR CON HIPOTECA UNA OBLIGACION QUE EN SU ORIGEN SE CONTRAJO SIN ESA GARANTIA.

No es dado al liquidador otorgar la hipoteca que se le solicita respecto a una acreencia que en su origen no fue respaldada de tal manera ni goza de preferencia legal. El inventario del patrimonio social, una vez aprobado por este organismo, luego del trámite administrativo pertinente, no puede modificarse por el liquidador con motivo de una voluntaria decisión por él adoptada en ese sentido, o en obedecimiento de orden o autorización impartida por la asamblea sobre el mismo tópico, pues ni aquél ni ésta tienen facultad legal para los fines antedichos. Téngase en cuenta que la acreencia en cuestión pertenece, dentro de la prelación de créditos, a la quinta o última clase y que debe cubrirse a prorrata sobre el sobrante de los bienes, sin consideraciones a su fecha (Artículo 2509 del Código Civil), al paso que los créditos hipotecarios constituyen la tercera clase y gozan de preferencia según lo consagra el artículo 2493 ibídem al decir: "Las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca".

Queda claro entonces que si el liquidador accediese a la petición que se le ha hecho, resultarían por ello eventualmente afectados los intereses de los acreedores restantes, al modificarse, en desventaja suya por mejorar la posición de otro, el estado y condiciones jurídicas de la prenda general que constituyen el respaldo de sus créditos frente a la sociedad deudora, cuestión ésta que es inaceptable, porque vulnera derechos claramente reconocidos y tutelados por la ley. De este modo, las circunstancias expuestas impiden que prospere cualquier argumento, en su contra, ni podría hacerse mención en este caso de un pretendido ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, porque ésta sólo puede operar con su característica libertad, mientras no afecte la esfera de los nombrados derechos de terceros.
(Oficio OA-20185 Octubre 12 de 1984).

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

7. EL LIQUIDADOR O LIQUIDADORES DE UNA SOCIEDAD NO ESTAN SUPEDITADOS EN EL EJERCICIO DE SU TAREA A LAS LIMITACIONES ESTATUTARIAS IMPUESTAS A QUIENES LA REPRESENTABAN LEGALMENTE ANTES DE SU DISOLUCION.

En términos generales, la existencia de una sociedad presenta dos aspectos delimitados en forma precisa por la ley. Uno comprende desde su constitución hasta el momento en el cual llega al estado de disolución y corresponde a la llamada doctrinariamente vida activa del ente societario, caracterizadas entre otras cosas, por el ejercicio del objeto social, la presencia de un patrimonio de especulación y la consiguiente búsqueda de utilidades, circunstancia última que constituye, como es sabido, uno de los elementos esenciales de la compañía.

El segundo período empieza con la disolución de la sociedad, prosigue con la liquidación de su patrimonio y culmina con la extinción de la misma. El advenimiento de la disolución trae consigo importantes cambios en la estructura y finalidad sociales, de suerte que, por ejemplo, desde entonces no es posible continuar ejerciendo el objeto para el cual se creó, lo cual implica que carece de capacidad para iniciar nuevas operaciones en desarrollo del mismo y que la conserva solamente para los actos que la inmediata liquidación requiere, como lo advierte el artículo 222 del Código de Comercio. Añade dicha norma que cualquier operación o acto que no tienda a ese fin, con excepción de los expresamente autorizados por la ley, hace responsables frente a la sociedad, los socios y los terceros, ilimitada y solidariamente, al liquidador y al revisor fiscal que no se hubieren opuesto.

Como secuela de lo dicho, se tiene que disuelta la sociedad (erga omnes), el que fuera patrimonio de especulación se convierte en patrimonio de liquidación, hecho del cual se sigue que durante este lapso de la vida pasiva de la sociedad, ya no busca la obtención de utilidades sino su gradual desaparición que supone la realización del activo para el pago dé los pasivos externo e interno, en su orden, que pesan sobre aquélla.

Así, distinguidos estos dos ángulos de la compañía, cuyo sentido y finalidad se han indicado, resulta claro que unas son las limitaciones que pueden establecer contractualmente para el representante legal de la sociedad, durante su vida activa con apoyo en la propia ley (art. 196-inciso 3o. C. de Co.) y otra la labor liquidatoria, dentro de cuya regulación legal no existe precepto alguno que permita consagrarlas con acierto estatutariamente. En efecto, de acuerdo con la última disposición citada, las limitaciones o restricciones de las facultades de

quienes representan a la sociedad, mientras tiene capacidad para desarrollar su objeto, que no consten de modo expreso en los estatutos inscritos en el registro mercantil, no son oponibles a terceros.

Frente al hecho anterior, debe examinarse el artículo 238 del mencionado Código, en donde aparecen enumeradas las funciones que competen al liquidador. El precepto invocado es de carácter imperativo, según se deduce al leer su parte inicial en donde dice: "Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, los liquidadores procederán:..." y en el ordinal 5o., se lee: "A vender los bienes sociales, cualesquiera que sean éstos, con excepción de aquéllos que por razón del contrato social o de disposición expresa de los asociados deban ser distribuídos en especie". Esta previsión debe armonizarse con la regulada por el artículo 240 ibídem, según el cual, los bienes de la sociedad que se hayan destinado para ser distribuidos en especie deben ser también vendidos por los liquidadores, cuando los demás activos sociales no sea suficientes para pagar el pasivo externo de la sociedad, a no ser que los acreedores o alguno de ellos acepten expresamente como deudores a sus adjudicatarios y exoneren a la compañía. Importa, pues hacer hincapié en el indiscutible sentido imperativo del referido artículo 238 y su consiguiente obligatoriedad, que impide restringirla o condicionarla contractualmente a la voluntad del supremo órgano social, cual es, para el caso de las compañías de responsabilidad limitada, la junta de socios.

Téngase en cuenta que el liquidador es el representante legal de la sociedad disuelta y el administrador especial de su patrimonio. Desde este punto de vista, de acuerdo con lo expresado, sus facultades y funciones son más amplias que las puestas en cabeza de los administradores que la representan antes de su disolución y todos los actos por él realizados, deben estar orientados necesariamente a la inmediata liquidación del patrimonio social, como se ha dicho, sin que ello pueda ser objeto de limitaciones que tengan origen en la voluntad privada, traducida en cláusula contractual.

El criterio expuesto cobra mayor firmeza, si se tiene en cuenta que, como en un hipotético caso, la realización de ciertos activos no puede legalmente supeditarse en un momento determinado a la decisión de la junta de socios en una especie de coadministración liquidatoria extraña a nuestro derecho y violatoria además del artículo 238 ordinal 5o. del Código de Comercio. Con este procedimiento, de otro lado, se podrían causar perjuicios a los acreedores con dilaciones innecesarias y hasta con el entorpecimiento del proceso liquidatorio, en el paso correspondiente a la realización de activos, todo lo cual conlleva

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

menoscabo del derecho que aquéllos tienen para que les sea cancelado oportunamente el valor de sus créditos (pago del pasivo externo).

Cuestión evidentemente distinta, valga la aclaración, es la prevista en el artículo 231 del Código Mercantil, en donde se advierte que sin perjuicio de estipulación en contrario, cuando haya dos o más liquidadores deben actuar de consuno y si se presentan discrepancias entre los mismos la junta de socios o la asamblea debe decidir con el voto de la mayoría absoluta de las cuotas, partes o acciones representadas en la correspondiente reunión.

El asunto reviste mayor irregularidad, si la intervención de la junta de socios se hace extensiva a todas las operaciones tendientes a la liquidación, por las razones ya explicadas y porque en esta forma se desdibuja completamente la regulación legal de la etapa liquidatoria. Como complemento, tal vez resulte útil recordar que, esa amplitud en el obrar del liquidador, es libertad que tiene para impulsar y concluir el proceso comentado están, desde luego, comprendidas en el radio de sus funciones y obligaciones, pero que, naturalmente, no lo eximen de responsabilidades, como lo señala el artículo 255 del Código de Comercio en donde se consagra. "Los liquidadores serán responsables ante los asociados y ante terceros de los perjuicios que se les causen por violación o negligencia en el cumplimiento de sus deberes", además de que pueden ser removidos libremente por la Asamblea o la Junta de Socios, según el caso, cuando lo estimen conveniente, en vista, por ejemplo, de una deficiente ejecución de su labor, reflejada en los informes razonados que deben presentar a la junta de socios o a la asamblea, de conformidad con el artículo 226 op. cit.

Así las cosas, este Despacho conceptúa que el liquidador o liquidadores de una sociedad, no están supeditados en el ejercicio de su tarea a las limitaciones estatutarias impuestas a quienes la representaban legalmente antes de su disolución ni a las que, eventualmente, determine la asamblea o la junta de socios respecto a las funciones que les competen con arreglo a la ley.

(Oficio DAL-32528 Dic. 17 de 1985).

8. EL LIQUIDADOR Y EL REVISOR FISCAL DE UNA SOCIEDAD TIENEN DERECHO A PRESTACIONES SOCIALES?

Tratándose del liquidador de la sociedad, quien es el representante legal de la misma y administrador especial de su patrimonio, se anota que el

reconocimiento y pago de prestaciones sociales con motivo del ejercicio de su cargo, está condicionado al hecho de que entre la compañía y él exista un contrato de trabajo en los términos del articulo 23 del Código Sustantivo Laboral, norma ésta en donde están previstos los elementos esenciales que lo configuran, o sea: actividad personal del trabajador, continuada subordinación de éste frente al empleador y un salario como retribución del trabajo.

Con lo dicho se quiere poner de relieve que la labor liquidatoria, no siempre se halla regulada por el régimen propio del contrato de trabajo, es decir que la actividad personal del liquidador bien puede consistir en servicios prestados en virtud de un vínculo diferente al del nombrado contrato, en cuyo caso se estará a lo convenido en torno a ese aspecto.

En lo que alude al revisor fiscal, es del caso indicar que la Superintendencia ha sostenido el criterio según el cual la persona natural designada para ejercer tal cargo, es un empleado de la sociedad y, en consecuencia, tiene derecho al pago de prestaciones sociales, como se desprende de las siguientes afirmaciones.

"Si una sociedad designa a una persona natural como revisor fiscal, la aceptación por parte de dicha persona implica la formación de un contrato de trabajo puesto que se reúnen los presupuestos esenciales que el mismo requiere conforme con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo a saber:.:

Por otro extremo, en cuanto al revisor fiscal, se desprende claramente del inciso segundo artículo lo. de la Ley 43 de 1990, el cual reza así:"

"La relación de dependencia laboral inhabilita al contador para dar fe pública sobre actos que interesen a su empleador, salvo en lo referente a las funciones propias de los revisores fiscales de las sociedades".

"Así las cosas, si conforme con lo expresado el revisor tiene la calidad de empleado de la sociedad que lo designa, lógicamente le asiste derecho al reconocimiento y pago de prestaciones sociales

(Oficio DA-13475-07-4 1980).

No sobra advertir que los criterios expuestos tienden a informar sobre los comentados asuntos con el ánimo de contribuir a la solución de inquietudes, pero en caso de que surjan conflictos entre el empleador y los empleados atrás

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

nombrados, obviamente será la justicia laboral la encargada de dirimirlos por ser materia de su competencia.

(Oficio DAL-01089, Enero 28 de 1986).

9. LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DEBE VELAR PORQUE EN LA ELABORACION DEL INVENTARIO SE CUMPLA CON LAS NORMAS SOBRE PRELACION DE CREDITOS.

El inventario del patrimonio social, dentro del proceso liquidatorio, cumple con varias exigencias como lo indica el artículo 234 del Código de Comercio, por cuanto, el mismo "...incluirá, además de la relación pormenorizada de los distintos activos sociales, la de todas las obligaciones de la sociedad, con especificación de la prelación u orden legal de su pago..."

En este sentido, el inventario, en primer lugar nos indica los bienes que se venderán según el caso, y con cuyo producto se va a pagar el pasivo, tanto externo como interno de la sociedad.

Como vemos, el artículo mencionado señala también que el inventario debe incluir una relación de las obligaciones de la sociedad y establece que ésta se hará siguiendo las normas de prelación legal. Esto con el único fin que las obligaciones se paguen respetando las normas que rigen la materia.

De otra parte, el liquidador, al pagar el pasivo externo, lo hará en el orden legal que le corresponde "... dado el hecho de que en los artículo 2493 y siguientes del Código Civil se han reconocido privilegios o causales legales de prelación para el pago de ciertas obligaciones que deben ser atendidas en su integridad o hasta donde lo permitan los activos, a pesar de que haya acreedores cuyos créditos no puedan ser atendidos ni siquiera en parte..." (SOCIEDADES COMERCIALES, Gabino Pinzón, Volúmen I, Teoría General, cuarta Edición, 982, Pág. 308).

En este sentido, el liquidador debe observar el artículo 242 del Código de Comercio que establece que "el pago de las obligaciones se hará observando las disposiciones legales sobre prelación de créditos..." dándole por lo tanto, aplicación a las normas del Código Civil.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que los artículos del Código de Comercio, que regulan el contenido, la presentación y trámite del inventario son procedimentales, es obligatorio su cumplimiento, lo cual quiere decir que la Superintendencia cuando le corresponda, debe velar porque dicho inventario se ajuste a las normas civiles y comerciales que regulan la materia.

(Oficio EL- 03553, Marzo 18 de 1988).

10. NO EXISTE EN EL CODIGO DE COMERCIO UN TERMINO PERENTORIO PARA LLEVAR A CABO EL PROCESO LIQUIDATORIO DE UNA COMPAÑIA.

En cuanto al término de duración del proceso liquidatorio, este Despacho no estima pertinente la aplicación analógica del artículo 637 del Código de Procedimiento Civil por las razones que se expresan a continuación:

1. De conformidad con el artículo 8o.de la ley 153 de 1887, es requisito "sine qua non" para que proceda la analogía, que "no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido..."

2. Por su parte el artículo 2.033 del Estatuto Mercantil expresamente dispone que todas las materias contempladas en ese código están íntegramente reguladas en él.

3. Igualmente, resulta a todas luces claro, que el Código anotado contiene una regulación específica y completa del proceso liquidatorio de las sociedades que se rigen por normas, distinta en sus principios y estructura de la normatividad que regula la liquidación judicial.

4. Así mismo, el artículo 222. ibídem al preceptuar que" disuelta.la sociedad se procederá de inmediato a su liquidación..." establece una pauta general para el desarrollo de dicho proceso en el sentido de que éste debe realizarse con la mayor celeridad posible.

5. Sin embargo, la obra citada no señala un término específico para culminar la liquidación en razón de que no todas las sociedades están en condiciones de realizar el proceso liquidatorio en un mismo lapso por cuanto las circunstancias particulares de cada ente societario son diferentes.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

6. *En mérito de lo expuesto no puede afirmarse que exista en el Código de Comercio un vacío legal relativo a la duración del ya tan mencionado proceso liquidatorio que deba ser suplido por otro ordenamiento jurídico por vía de apliación analógica.*

(Oficio EL 21723, Noviembre 25 de 1986

11. NO EXISTE INCOMPATIBILIDAD PARA ACTUAR COMO LIQUIDADOR DE UNA SOCIEDAD Y REPRESENTANTE LEGAL DE OTRA QUE ES ACREEDORA DE LA PRIMERA, SIÈMPRE Y CUANDO QUE LOS ESTATUTOS DE LAS DOS SOCIEDADES NO CONSAGREN EXPRESAMENTE UNA PROHIBICION DE ESTA NATURALEZA.

Al tenor del artículo 6o. de la Constitución Política "los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".

La norma precitada consagra el principio por virtud del cual los particulares pueden hacer todo lo que no esté expresamente prohibido por la Constitución y leyes de la República.

El Código de Comercio y la Ley 155 de 1959, entre otras disposiciones, establecen algunas incompatibilidades para los Presidentes, Gerentes, Directores, Representantes Legales, Administradores y Miembros de las Juntas Directivas.

Dichas incompatibilidades se dirigen esencialmente a evitar las prácticas desleales en el ejercicio del comercio y a impedir la formación de monopolios. En ninguna de las normas aludidas se encuentra la situación planteada al comienzo de este escrito.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 31 del Código Civil "Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación..."

De otra parte, las normas que contienen prohibiciones son de orden público y por ello su interpretación es restringida.

Por lo anterior, no es procedente aplicar la analogía para extender las incompatibilidades a otros casos no previstos en la ley. En este sentido es conveniente traer a colación las palabras autorizadas del doctor JOSE IGNACIO NARVAEZ quien afirma que "las incompatibilidades son prohibiciones expresas que no admiten el procedimiento de la analogía porque son de interpretación estricta y aplicación restringida al caso específicamente previsto en la ley o en los estatutos. De consiguiente, nunca puede el intérprete o juzgador hacerlas extensivas a situaciones no contempladas en el régimen legal o en el convencional". (Teoría General de las Sociedades, Primera Edición, Pág. 371).

En mérito de lo expuesto, este Despacho no estima que exista incompatibilidad en el caso "sub examine", siempre y cuando que los estatutos de las dos sociedades, acreedora y deudora, no consagren expresamente una prohibición de esta naturaleza.

Ahora bien, en cuanto a las sanciones que podría generar la situación en comento, se manifiesta lo siguiente:

En materia penal existe el principio de la legalidad, según el cual "nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidos en ella". (Artículo lo. del Código Penal). En este orden de ideas, mientras no se viole mandato alguno del Estatuto Penal, no hay lugar a punibilidad.

De otro lado, en los ordenamientos civil y mercantil, no se prevé sanción para la conducta citada toda vez que, como quedó expuesto, no existe consagración normativa de la ya tan mencionada incompatibilidad.

Por último, no está demás recordar, que tanto los liquidadores como los directores y gerentes de las sociedades pueden hacerse acreedores a sanciones penales, administrativas y civiles por las actuaciones dolosas o culposas en que incurran por razón de sus funciones. Igualmente dichos funcionarios responden civilmente ante los asociados y ante terceros por los perjuicios que causen por negligencia en el ejercicio de su mandato o por violación de sus deberes.

(Oficio EL-22497 Dic. 11 de 1986).

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

12. PAGO DE HONORARIOS EN EL PROCESO LIQUIDATORIO

A fin de determinar el orden de prelación que le corresponde al pago de los honorarios de un profesional que ha actuado como mandatario de una sociedad, que con posterioridad a los servicios prestados a ella quedó disuelta y en estado de liquidación y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1277 del Código de Comercio, este Despacho estima pertinente realizar las siguientes consideraciones:

Es claro que en una sociedad disuelta y en estado de liquidación, para el pago de las obligaciones a su cargo debe estarse a lo dispuesto en los artículos 234 y 242 del estatuto mercantil. En efecto, el primero de los artículos mencionados de manera nítida que no admite duda alguna, señala que al procederse a elaborar el inventario de la compañía debe especificarse el orden de prelación de pagos y, en el último artículo citado, se impone la obligación ineludible de que las deudas sociales, sin excepción, deben pagarse respetando el orden de prelación establecido por las disposiciones legales.

A su vez, el orden de prelación de créditos está regulado de forma general en el Código Civil, el cual contiene dicha materia de manera íntegra lo que facilita la claridad necesaria para proceder a la cancelación de las obligaciones pertinentes. Es así como los artículos 2488 a 2511 regulan dicho orden, consagrando el artículo 2493 ibídem, las causas de preferencia de los créditos, cuales son el privilegio y la hipoteca. Entran como créditos privilegiados los de primera, segunda y cuarta clase según lo dispuesto en el artículo 2494, incluyéndose en el artículo 2495 como de primera clase, los originados en salarios, sueldos y toda prestación proveniente de un contrato de trabajo.

Visto lo anterior, debemos situarnos en el entorno referente a las actuaciones que en un momento determinado tenga un mandatario frente a la sociedad de la cual es mandante, como es el caso objeto de análisis.

Es indudable que la actuación de una persona frente a una sociedad mercantil, que en ejercicio de la función profesional ha obrado como mandatario de la misma, está enmarcada dentro de la figura del mandato consagrada en los artículos 1262 a 1286 de nuestra legislación mercantil ya que si bien, la prestación de los servicios inherentes a las profesiones liberales, es una actividad típicamente civil, según lo pregona el número 5o. del artículo 23 del Código Civil, lo cierto es que cuando éstos se prestan a una persona dedicada profesionalmente a la actividad mercantil en razón precisamente de tales actividades o del ejercicio

de los derechos propios de las mismas, el acto respectivo debe sujetarse a las disposiciones de la ley comercial como claramente lo establece el artículo 22 ibídem.

Ahora bien, dentro de las disposiciones señaladas de la legislación comercial, debemos indiscutiblemente hacer referencia al artículo 1277, el cual establece que "el mandatario tendrá derecho a pagarse sus créditos, derivados del mandato que ha ejecutado, con las sumas que tenga en su poder por cuenta del mandante, y, en todo caso, con la preferencia concedida en las leyes a los salarios, sueldos y demás prestaciones provenientes de relaciones laborales".

En este orden de ideas debemos afirmar, que si bien es cierto los honorarios que adeuda una sociedad antes de ser disuelta y entrar en estado de liquidación, no son prestaciones derivadas de un contrato de trabajo ni bajo ninguna circunstancia constituyen salario por provenir de una actividad independiente, no menos cierto es que el último artículo mencionado asimila los honorarios, para efectos de realizar el pago respectivo, a los salarios, sueldos y todas las prestaciones provenientes del contrato de trabajo; es decir que así dicha persona no tenga la condición de comerciante, deben cancelarse con la misma preferencia otorgada por la ley a los créditos de la primera clase (artículo 2495, numeral 4 del Código Civil).

(Oficio 220-26018, Diciembre 14 de 1993).

13. PARA APROBAR LA LIQUIDACION DE UNA COMPAÑIA, EN RAZON DE LA NOVACION DE LA TOTALIDAD DE SUS OBLIGACIONES, ES NECESARIO QUE LOS ACREEDORES EXPRESEN SU VOLUNTAD DE DEJAR LIBRE A LA SOCIEDAD Y ACEPTAR AL NUEVO DEUDOR COMO UNICO RESPONSABLE.

La subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga, y que no libera al deudor de su obligación, es decir hay mudanzas de acreedor sin que se extinga la deuda. Delvincourt definió la subrogación como "El cambio de acreedor sin novación de la deuda", lo anterior está ratificado por nuestro ordenamiento civil en el inciso 2o. del artículo 1691, que dice que tampoco hay novación "Cuando un tercero es subrogado en los derechos del acreedor". Es por ésto que no se puede hablar de una subrogación en el presente caso.

Superintendencia de Sociedades
DIRECCION

Entiende este Despacho que lo que se ha presentado es una sustitución de deudor, y no de acreedor al adjudicar a la única accionista la totalidad de los activos y colocar en cabeza de ésta el pasivo dejado por la sociedad en liquidación, dando lugar con ello a la figura jurídica denominada "Novación", reglamentada en el Título XI, Libro 4o. del Código Civil, que en el artículo 1687 la define como: "...la sustitución de una obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida", vemos entonces como este acto jurídico tiene un doble efecto: extinguir una obligación preexistente y reemplazarla por una obligación nueva. Para que se produzca el efecto requerido por la ley es necesario que el acreedor exprese su voluntad de dejar al deudor primitivo libre de la obligación al aceptar al nuevo deudor como único responsable.

Si lo anterior no ocurre no habrá novación de la obligación, sino asunción por parte de un tercero de una obligación a cargo del deudor primitivo, figura que, según la intención, podría convertir al tercero en codeudor de dicho deudor primitivo, y es así como éste y aquél responden solidaria y subsidiariamente de la obligación, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1694 del Código Civil.

De lo precedente se deduce, que mientras los acreedores de una sociedad en liquidación no expresen su voluntad de dar por libre al deudor para que dichas deudas sean asumidas por otras sociedades, no se producirá la novación que es el camino a seguir y sin cuya realización no se podría proceder a la aprobación de la liquidación sin que se demuestre la total cancelación del pasivo externo, por cuanto continuarían vivas las obligaciones de la sociedad en liquidación respecto de las personas tanto naturales como jurídicas que son acreedoras de la misma. En estas condiciones la sociedad deudora en liquidación, no podría extinguirse como ente jurídico.

Por lo expuesto deberá comprobarse la aceptación de los acreedores del cambio de deudor, así como su intención de dar por libre a la sociedad deudora en liquidación.

De otra parte en caso de existir obligaciones condicionales o litigiosas, se debe hacer una reserva adecuada en poder del liquidador para atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, la que se distribuirá entre los asociados, en caso contrario.

(Oficio EL-11311, Junio 30 de 1981).

14. PUEDE ARRENDARSE EL INMUEBLE DE PROPIEDAD DE LA SOCIEDAD EN LIQUIDACION, SIEMPRE Y CUANDO ELLO NO IMPLIQUE CONTINUIDAD EN EL DESARROLLO DEL OBJETO SOCIAL.

De conformidad con lo establecido por el artículo 222 del Código de Comercio, disuelta la sociedad se procederá de inmediato a su liquidación. En consecuencia, no podrá iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto y conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación.Estos actos no pueden ser en ningún caso aquellos que impliquen la continuidad del mismo.

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que el arrendamiento del inmueble no acarrea continuidad en el desarrollo del objeto social y que por el contrario puede tomarse como una medida de protección de los activos, este Organismo no encuentra reparo para que se formalice el respectivo contrato. Desde luego incluyendo en el mismo las cláusulas que sean necesarias, para que en el momento de la enajenación no se obstaculice la entrega de dicho inmueble, y de consiguiente el proceso liquidatorio llegue a su feliz término.

(Oficio EL-09364, Abril 29 de 1987)

15. TRAMITE PARA LA CANCELACION DE LOS PASIVOS, TENIENDO EN CUENTA EL ORDEN DE PRIORIDADES ESTABLECIDO POR LA LEY CUANDO DENTRO DE UN MISMO GRUPO EXISTEN VARIOS ACREEDORES.

En lo que se refiere a las obligaciones a cargo de una sociedad en liquidación, hay que partir de la base que para su cancelación se debe tener en cuenta la teoría general de las obligaciones, ya que el Código de Comercio así lo consagra, entre otros artículos en el 234 y 242, ya que en el primero de ellos se expresa que al hacer el inventario de la sociedad se debe especificar el orden de prelación de pagos y en el segundo se consagra la obligación de que todas las deudas sociales se deben pagar respetando ese mismo orden de prelación.

Como se ve el Estatuto Mercantil no tiene desarrollados estos puntos, sino que se limita a regular su forma de pago, mas no en qué consiste, por eso al acudir al artículo 2o. del mismo Código tenemos que "en las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior (por analogía), se aplicarán las disposiciones de la legislación civil". (el paréntesis es de la Superintendencia).

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Es así como en el Código Civil está prevista íntegramente dicha materia en el Libro Cuarto, Título Cuarenta, por lo tanto, es por las estipulaciones allí consignadas que se debe guiar para la correcta cancelación de las obligaciones.

Además, es preciso tener en cuenta que las obligaciones personales (en este caso las de una persona jurídica) dan derecho a los acreedores a perseguir los bienes del deudor ya sean muebles o inmuebles y aún los futuros con excepción de las que la ley tiene como inembargables.

Por eso el artículo 2492 del Código Civil, haciendo la salvedad antes anotada, establece que los acreedores pueden exigir la venta de todos los bienes del deudor hasta el monto de sus créditos, incluyendo los intereses y costas 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 proferir ciertos créditos".

Según el artículo 2493 ídem, las causas de preferencia de los créditos son el privilegio y la hipoteca. Los privilegiados son los enunciados en el artículo 2494 ibídem, como los de primera, segunda y cuarta clase; la hipoteca da al acreedor hipotecario una preferencia especial correspondiente a la tercera clase.

Lo verdaderamente importante de este tratamiento, es que permite definir la existencia de preferencias, que se pueden clasificar en generales y especiales, tal como lo señala el doctor Guillermo Ospina Fernández en su libro "REGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES": las primeras, o sea las generales, dan derecho al acreedor a perseguir la satisfacción preferencial de su crédito sobre todos (se subraya) los bienes del deudor v. gr. los créditos privilegiados de primera clase; las segundas sólo afectan a determinados bienes, consideramos en este caso el crédito hipotecario en donde la preferencia se da únicamente respecto del bien hipotecario.

Aclarado lo anterior, y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 242 del Estatuto Mercantil, el liquidador ha de observar las disposiciones sobre prelación de créditos en el momento de cancelar el pasivo externo a cargo de su representada (Libro IV Título 40 del Código Civil, art. 2488 a 2511). Así, el liquidador no puede preferir a su arbitrio a ningún acreedor.

Reconocidos los créditos e integradas las órdenes, una vez se realicen los activos, el liquidador debe proceder a finiquitar las obligaciones a cargo de la

sociedad, y considerando el presupuesto indicado, es decir que dentro de un mismo grupo existen varios acreedores, pueden presentarse dos situaciones:

1. Que los activos de la sociedad sean suficientes para cubrir totalmente el pasivo externo.

En este evento es indiferente a qué miembro del respectivo grupo se le cancela en primer lugar, por cuanto finalmente a todos los acreedores se les pagarán sus créditos.

2. Que el valor de los activos sociales sea suficiente para pagar íntegramente el pasivo externo:

Al respecto debemos diferenciar:

a. Si los acreedores integran el grupo de créditos privilegiados de primera clase, el artículo 2496 ídem establece preferencias según el orden de su numeración, sin embargo ya dentro del mismo tendrán igualdad esos créditos, sin tener en cuenta la fecha en que se haya contraído la obligación, toda vez que no habiendo lo necesario para cubrirlo, concurrirán entre sí a prorrata de sus valores.

b. De otra parte, el artículo 2510 ibídem, que es una norma general aplicable a todos los preferentes (privilegiados-hipotecarios) confirma la regla, en el sentido de que si dichas deudas no pueden cubrirse en su totalidad, el saldo insoluto pasa a formar parte de los créditos de quinta clase (es decir que no gozan de preferencia alguna), concurriendo a prorrata.

En conclusión, en esta segunda situación cada acreedor sacrifica parte de su crédito; pero el liquidador junto con el revisor fiscal deben acreditar ante esta Entidad cuando haya lugar, mediante una certificación que cancelaron el pasivo externo respetando ese orden de prelación antes descrito , hasta donde lo permitió el valor de los activos.

(Oficio EL-41980, Noviembre 2, 1988).

Superintendencia de Sociedades
D I B L I O T E C A

16. UNOS SON LOS BALANCES Y CUENTAS DE LOS LIQUIDADORES Y OTRA LA CUENTA FINAL DE LIQUIDACION. TAL INDEPENDENCIA NO PERMITE MEZCLARLOS, NI CONFUNDIRLOS PARA LOS FINES DE SU APROBACION U OTRO PROPOSITO CUALQUIERA, SO PENA DE INCURRIR EN ERROR.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 247 del Código de Comercio, una vez pagado el pasivo externo de la compañía, debe distribuirse el remanente de los activos sociales entre los asociados conforme con lo pactado estatutariamente o con lo que ellos acuerden. Agrega la norma que tal distribución se hará constar en acta en la cual se exprese el nombre de los asociados, el valor de su correspondiente interés social y la suma de dinero o los bienes que reciba cada uno a título de liquidación.

Ahora bien, evidentemente el artículo 241 del Código de Comercio, permite que, aún antes de haberse cancelado la totalidad del pasivo externo, se distribuya entre los asociados la parte de los activos sociales que sobrepase el doble del pasivo inventariado y no cancelado al momento de hacerse la distribución.

Es claro entonces, que en estos eventos, las sumas distribuídas con fundamento en el precepto antedicho, deben deducirse de aquella cantidad que le correspondería por concepto de liquidación al socio que las ha recibido anticipadamente, pues como se desprende del texto del citado artículo 247, objetivamente la cuenta final de liquidación no es otra cosa que la relación de socios, indicativa del valor individual de su aporte y de lo que a cada uno le corresponde finalmente, en dinero u otros bienes, con motivo de la liquidación del patrimonio de la compañía. A este concreto ámbito, por consiguiente, debe referirse la aprobación de la aludida cuenta final, mas no a otras cuentas o movimientos que la precedieron, porque ellos constituyen materias distintas, consignadas en balances y cuentas del liquidador, que también deben ser objeto de aprobación por parte de la asamblea o de la junta de socios según el caso.

Esta distinción de las cuentas es fácilmente observable al examinar el artículo 248 inciso 2o, op. cit, en donde aparece que hecha la liquidación de lo que a cada socio corresponda de los activos sociales, los liquidadores deben convocar al Máximo Organo Social para que apruebe las cuentas de los liquidadores y el acta contentiva de la cuenta final de liquidación.

En síntesis: unos son los balances y cuentas de los liquidadores y otra la cuenta final de liquidación cuyo contenido se ha señalado. Tal independencia no permite mezclarlos ni confundirlos para los fines de su aprobación u otro propósito cualquiera, so pena de incurrir en el error.

(Oficio DAL-09200, Mayo 9 de 1986).

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

DOCTRINAS Y CONCEPTOS JURIDICOS 1995

CAPITULO V

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

I - MERCADO PUBLICO DE VALORES

1. CONCEPTO DE MERCADO PUBLICO DE VALORES A LA LUZ DEL CODIGO DE COMERCIO Y DEL DECRETO 653 DE 1993

Cuando el artículo 449 del Código de Comercio establece que las sociedades que negocian sus acciones en mercados públicos de valores deben publicar sus balances en un periódico que circule donde funcionan dichos mercados, se refiere al lugar o lugares donde se realizan las "ruedas" de las bolsas de valores existentes en el país. La aclaración viene al caso por cuanto a partir de la expedición del Decreto 653 de 1993, por medio del cual se expidió el estatuto orgánico del mercado público de valores, la locución "mercado público de valores" cobró un alcance más amplio y, por tanto, diferente del sentido con que se utilizó por nuestro legislador en el Código de Comercio.

En efecto, el Decreto 653 de 1993 y los decretos legislativos complementarios regulan como un todo el mercado público de valores, en orden a promover su desarrollo. Con el propósito de establecer claramente el ámbito de aplicación de tales disposiciones, la noción de mercado público de valores se encuentra definida en el artículo 1.1.0.1 del referido decreto alrededor de dos conceptos: el de oferta pública y el de valores que pueden ser objeto de la misma. Se considera, a la luz del art. 1.2.1.1. de la Resolución No. 0400 de 1995, por la cual se actualizan y unifican las normas expedidas por la Sala General de la Superintendencia de Valores, como oferta pública de valores, aquella que se dirija a personas no determinadas o a cien o más personas determinadas, con el fin de suscribir, enajenar o adquirir documentos emitidos en serie o en masa, que otorguen a sus titulares derechos de crédito, de participación o de tradición o representativos de mercancías.

No se considerará pública la oferta de acciones o de bonos obligatoriamente convertibles en acciones que esté dirigida a los accionistas de la sociedad emisora, siempre que sean menos de quinientos (500) los destinatarios de la misma.

Tampoco se entenderá como pública la oferta de acciones resultante de una orden de capitalización impartida por autoridad estatal competente, dirigida exclusivamente a accionistas de la sociedad, o la que tenga por objeto capitalizar obligaciones de la misma, siempre y cuando se encuentren reconocidas dentro de

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

un proceso concursal en el que se haya tomado tal decisión, en ambos casos sin importar el número de personas a quienes se encuentre dirigida.

Las ofertas que a la vez tengan por destinatarios a las personas indicadas en el inciso 2o. de este artículo y a cien o más personas determinadas serán públicas.

Cuando los destinatarios de una oferta se vayan a determinar con base en una labor de premercadeo realizada entre personas no determinadas o cien o más personas determinadas, la respectiva oferta tendrá el carácter de pública y en tal sentido, su realización sólo podrá efectuarse con observancia de las normas que al efecto se establecen en esta resolución.

Por su parte, el Código de Comercio, particularmente los artículos 393, 448 y 1307 del mismo, emplea el término "mercado público de valores" como sinónimo de bolsas de valores. Por ello dicha noción es utilizada en plural en las precitadas disposiciones, lo cual no puede ocurrir -y de hecho no ocurre- con respecto al tantas veces citado Decreto 653, toda vez que, tal como puede inferirse de los postulados atrás expuestos, según el mismo, el mercado público de valores es uno solo.

Quienes inspiraron en 1958 las normas del Código de Comercio que hablan sobre los "mercados públicos de Valores" equipararon a éstos con las bolsas de valores. Y para abundar en razones, resaltemos que el artículo 449, ídem, alude a los lugares donde funcionan dichos mercados, refiriéndose, claro está, a las bolsas de valores cuya actividad se desenvuelve en un punto físico; fue así como en el antecedente inmediato de la norma que se comenta, vale decir, en el proyecto del Comité Asesor para la revisión del Código de Comercio, de 1970, expresamente se equiparó el lugar o lugares donde se lleva a cabo el mercado público de valores con las bolsas de valores, al disponer el artículo 323: "Aprobados por la asamblea los balances y el estado de la cuenta de pérdidas y ganancias, si se trata de sociedades cuyas acciones se negocien en mercado público de valores, deberán insertarse en los boletines de las bolsas que funcionen en el país".

(Oficio OA-14762, Julio 24 de 1980 y Oficio DAL-1205, Enero 23 de 1991).

II - MICROFILMACION

1. LOS DOCUMENTOS CONSIDERADOS COMO SOPORTES CONTABLES DEBEN CONSERVARSE, CUANDO MENOS POR DIEZ AÑOS, SI PUEDE ASEGURARSE SU REPRODUCCION POSTERIOR.

El artículo 60 del Código de Comercio en forma genérica y categórica señala que los libros y papeles del comerciante, deben ser conservados cuando menos por diez años, período éste que se cuenta desde el cierre de los libros o desde la fecha del último asiento, documento o comprobante.

Así también y de acuerdo con la mencionada norma legal, solo después de transcurrido dicho período, tales libros y papeles pueden ser destruidos, pero a condición de que por cualquier medio técnico adecuado se garantice la reproducción exacta de los mismos y que ante la Cámara de Comercio donde hubieren sido registrados se verifique la exactitud de la reproducción de la copia, debiéndose levantar un acta de tal hecho firmada por el secretario de la Cámara en la cual se anoten los libros y papeles que se destruyeron y el procedimiento utilizado para su reproducción.

A contrario, en el evento de que no sea posible la reproducción, solo podrán destruirse después de veinte (20) años contados desde el cierre mencionado o desde la fecha igualmente aludida, según lo consagrado en el artículo 31 del Decreto 1798 del 6 de agosto de 1990. Ahora bien, el procedimiento para la reproducción de los libros y papeles que se destruyan, puede consistir en el microfilm, como expresamente lo permite el artículo 48 del citado Código, caso en el cual aquél debe hacerse conforme a las reglas contenidas en el Decreto 3354 de 1954, disposiciones éstas que fueron incorporadas a la legislación permanente en virtud de la ley 141 de 1961.

Por otra parte, en razón a algunas disposiciones legales, distintas a las mercantiles, se establecen períodos diferentes para la conservación de ciertos libros o papeles, tal es el caso del artículo 22 del Decreto 2503 de 1987, el cual consagra que las personas o entidades, contribuyentes o no, deben conservar por un período mínimo de 5 años contados a partir de la fecha allí indicada, documentos, como son los libros de contabilidad junto con los comprobantes de orden interno y externo que hubieren dado origen a los registros contables, tratándose de personas o entidades obligadas a llevar contabilidad.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Pero no obstante dicha norma, considera este despacho, que en lo relativo a comerciantes, el término mínimo a aplicar para la conservación a la que se viene haciendo alusión es indudablemente el que establece el artículo 60 mencionado, toda vez que en virtud de los principios de hermenéutica jurídica, contenidos entre otros en la Ley 57 de 1987, la disposición de carácter especial debe preferir a la que tenga carácter general y en el caso en estudio es claro que este último carácter lo tiene el Decreto citado, ya que sujetos de la obligación de que trata el artículo 22 aludido, lo son todas las personas o entidades, sean contribuyentes o no, mientras que la disposición del Estatuto de Comercio fija dicho término únicamente para los comerciantes.

Además no debe perderse de vista que como claramente reza el tan nombrado artículo 22, el mandato de conservar los documentos referidos por el término de los cinco años, es meramente para efectos del control de los impuestos, siendo por ello también específica la finalidad de la anotada obligación.

De otra parte, es pertinente resaltar que de acuerdo con los artículos 49 y 53 del Estatuto Mercantil, los libros y papeles del comerciante los constituyen los libros que la ley determine como obligatorios, los auxiliares necesarios para el completo entendimiento de aquellos, los comprobantes de contabilidad y los documentos que justifiquen estos últimos, como son por ejemplo, los recibos que se expidan.

Así también, de acuerdo con el artículo 28 del Decreto 1798 citado, los libros y papeles de obligatoria conservación por el período de 10 a 20 años, según el caso, son los de contabilidad, los de actas, los de registro de socios y de acciones, los comprobantes de las cuentas, los soportes de contabilidad y la correspondencia relacionada con los negocios.

Siendo ello así, es preciso concluir que los documentos como copias de las facturas que de acuerdo con el articulo 23 del Decreto 2503 se expidan, los recibos de caja menor o los comprobantes por pago de nómina por ser soportes contables, deben conservarse, cuando menos por diez años pudiéndose destruir al cabo de los mismos, si por cualquier medio técnico se puede asegurar su reproducción posteriormente, pues en caso contrario solo podrán destruirse al cabo de los veinte (20) años, todo ello en los términos ya expuestos.

(Oficio DAL-1205, Enero 23 1991).

MICROFICHAS

2. PUEDEN REEMPLAZAR LOS LIBROS AUXILIARES DE CONTABILIDAD SIEMPRE QUE ATIENDAN CIERTOS REQUISITOS.

Teniendo en cuenta que la microficha, es el resultado final de una copia de los archivos electrónicos del computador, la cual contiene exactamente la misma información que si se hubiera producido en papel o cualquier otro medio, es viable concluir que éstas pueden reemplazar los libros auxiliares, siempre y cuando, la información contenida en la microficha, además de reunir los requisitos señalados en la ley para los mismos (art. 48, 56, 57 del Código de Comercio en armonía con el título tercero del Decreto 2649 de diciembre 29 de 1993), permita el conocimiento y prueba, la historia clara, completa y fidedigna de los negocios del comerciante.

No sobra advertir que el uso de la microficha, trae consigo obligaciones para la sociedad, entre las cuales se destacan:

a. La reproducción o impresión en papel de las respectivas fichas, en el momento en que cualquier usuario o autoridad competente lo requiera.

b. La debida guarda o custodia, al igual que de los demás libros de contabilidad y soporte de los comprobantes, de tal manera que garantice la información en ella contenida.

(Oficio 323-11497, Mayo 12 de 1992)

III - OBJETO SOCIAL

1. DIFERENTES CLASES DE ACTOS QUE CONFORMAN EL OBJETO SOCIAL

1. Capacidad de las sociedades.

La capacidad de una sociedad para celebrar actos o contratos se encuentra circunscrita a las actividades previstas en su objeto, entendiendo por tales el conjunto de operaciones que se propone realizar para ejercer una actividad económica.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

El artículo 99 del Código de Comercio señala los límites de la capacidad de las Sociedades Mercantiles al admitir dentro de ella la realización de tres clases de actos:

a) Los que se encuentran determinados en las actividades principales previstas en el objeto social.

b) Los que se relacionan directamente con las actividades principales.

c) Los que tienen como finalidad ejercer los derechos y cumplir las obligaciones legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad.

Los actos enunciados en los literales a) y b), se relacionan con la finalidad que persigue la empresa o actividad de la sociedad y por ello deben guardar una relación directa con la misma.

Los descritos en el literal c) son actos ajenos al objeto social, pero que la sociedad está en capacidad de ejecutar, pues son necesarios para ejercer sus derechos (actos de carácter civil, administrativo, etc), o cumplir las obligaciones derivadas de la existencia y actividad de la sociedad. Vr. Gr.: Contratos de Trabajo, Asesoría, Convenciones Laborales, Adquisición de Activos Inmobilizados.

2. Actos en desarrollo del objeto social.

Como este aspecto es el que presenta mayores dificultades, conviene advertir que en cada caso concreto deberá analizarse la relación que existe entre un acto ejecutado en desarrollo del objeto con los previstos como negocios principales en el mismo.

No sería extraño, por ejemplo, que una sociedad, cuya actividad principal es la fabricación y venta de gaseosas, presente entre sus activos un taller de mecánica automotriz y realice operaciones propias de esta actividad, como compra de repuestos para mantenimiento de vehículos de su propiedad.

Aparentemente no se ve la relación que pueda existir entre la producción y venta de gaseosas con la mecánica automotriz, sin embargo como una de sus actividades es la venta de sus productos, los medios idóneos para realizarla se

encuentran directamente relacionados con ella y si el mantenimiento de los vehículos que utiliza para vender su producto, le resulta muy costoso, puede prestarlo directamente o mediante participación en una empresa especializada en estos menesteres, siempre y cuando le conceda ventajas especiales, pues en el momento en que deje de existir esta relación deja de ser un acto medio para el desarrollo del objeto social y pasa a convertirse en un extraño a él y por consiguiente estaría obligada a recuperar su inversión.

Así mismo serían actos relacionados con el objeto social, la compra de los insumos necesarios para la elaboración del producto, la fabricación de los envases, la impresión de las etiquetas y los demás que sean necesarios para dejar el producto en condiciones de ser vendido.

"Actos que tienen como finalidad ejercer los derechos y cumplir las obligaciones, derivadas de la existencia y actividades de la sociedad.

Estos actos no tienen relación directa con las actividades previstas en el objeto social, pues se derivan de la existencia y actividad de la sociedad.

De la existencia de la sociedad, se desprenden los derechos que la ley le confiere y el ejercicio de los mismos. Para ejercer sus derechos la sociedad puede realizar todos los actos tendientes a su efectividad, ya sean de naturaleza civil, administrativa, penal o comercial, tales como conferir poderes para que la representen ante la justicia ordinaria o administrativa y demandar por los perjuicios que se le hayan ocasionado.

De la actividad de la sociedad se derivan los actos que requieran para cumplir su finalidad, por ejemplo, la adquisición o arrendamiento de los bienes inmuebles necesarios para montar sus instalaciones, la compra de equipo de oficina, la propaganda de sus productos y las relaciones de orden laboral con sus empleados.

3. Actos de la sociedad celebrados con sus asociados.

La capacidad de la sociedad para celebrar actos o contratos, se encuentra determinada por las actividades previstas en su objeto, por tanto la extralimitación en sus negocios se configura independientemente de la calidad de la persona con quien celebra el acto o contrato.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Los socios o accionistas son personas independientes de la sociedad (artículo 98 del Código de Comercio), en consecuencia en sus relaciones externas con la compañía, es decir en los negocios que celebren con ella, debe dárseles el mismo tratamiento que corresponde a los terceros.

(Oficio AN-08891, Abril 23 1987).

2. SEÑALA EL LIMITE DE LA CAPACIDAD Y DE LAS FACULTADES DE LOS ADMINISTRADORES. LA DOCTRINA ULTRAVIRES.

Uno de los puntos que necesariamente debe aparecer en la escritura de constitución de una compañía mercantil es el relativo a su objeto social, es decir, según los términos del artículo 110 ordinal 4o. del C. de Co, "...la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enumeración clara y completa de las actividades principales". La cláusula del objeto señala la esfera de acción de la sociedad o lo que es igual, determina las actividades que está en capacidad de desarrollar. Al efecto dispone el artículo 99 ibídem:

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

Esta consideración elemental permite afirmar que si, conforme con lo dicho, la capacidad del ente societario está limitada por la norma contractual indicativa de su objeto, es obvio que cualquier acto que exceda dicho límite es violatorio del estatuto y compromete la responsabilidad de los administradores que lo ejecuten. (art. 200 C. de Co.).

Sentadas las anteriores premisas, ha de decirse que si en la cláusula del objeto social de una compañía no se pacta expresamente la posibilidad de gravar sus bienes con el propósito de garantizar obligaciones de terceros, lógicamente tal sociedad debe abstenerse de efectuar operaciones de esa naturaleza, por la circunstancia anotada, salvo que inequívocamente constituyan actos que se relacionan de manera directa con las actividades propias del objeto social, lo que significa que necesariamente debe existir una relación de medio a fin entre aquéllos y éstas, pues en tales casos se estará obrando dentro del marco legal que fija el artículo 99 de la obra citada.

Ahora bien, el hecho de que en el estatuto se guarde silencio sobre el particular, lo cual equivale a que ni se autorice ni se prohiba la ejecución de los actos que impliquen gravamen de los bienes sociales, no soporta el análisis jurídico. En efecto, no es menester que en los contratos se consignen normas imperativas sobre limitaciones o prohibiciones que el legislador ha consagrado para que sea exigible su cabal cumplimiento. Tal es el caso de las actividades que algunas compañías llegan a efectuar con irrespeto de los parámetros que en dicha materia contiene la carta social pues se repite, el Código de Comercio señala con absoluta claridad hasta donde va el radio de acción de las sociedades en lo que atañe a los actos que constituyen su objeto social principal y de los que pueden ser adelantados en desarrollo del mismo.

En cuanto al destino legal de los actos celebrados fuera del ámbito del objeto social, es oportuno invocar, en lo pertinente, el artículo 306 del Código mencionado en donde se advierte que la sociedad solo se obligará por las operaciones que correspondan a su objeto social; esta norma, expresa indudablemente el criterio del legislador acerca del interesante tópico que nos ocupa. Empero, como ya se dijo los administradores han de responder frente a terceros por los perjuicios que resulten de la ejecución de dichos actos, asuntos estos que, como es sabido, no son del resorte de la Superintendencia dado su carácter de organismo administrativo, sino de la justicia ordinaria, la cual a petición de parte, emitirá el pronunciamiento a que haya lugar. No obstante, para mayor inteligencia del punto en estudio, se considera oportuno hacer referencia a la ***doctrina del ultra vires*** *cuya esencia fue acogida en nuestro derecho positivo.*

Sobre la misma comenta Colombres:

"Con la expresión ultra vires se designa un sistema jurídico de ámbito variable en la doctrina y en el derecho positivo. Puede, sin embargo caracterizarse en su aplicación más amplia diciendo que la actividad indicada en el acto constitutivo representa un límite, no sólo al poder de los administradores, sino también a la misma capacidad de la sociedad, determinando como consecuencia que los actos extraños al objeto social son insanablemente nulos, aun cuando el cumplimiento de los mismos haya sido decidido por el acuerdo unánime de los socios".

"...Lo esencial de la doctrina consiste pues en sostener que de la atribución de una "personalidad jurídica" no deriva una imputabilidad diferenciada general, sino por el contrario y en razón de la específica naturaleza que ella reviste como "persona jurídica", una imputabilidad propia y circunscrita a

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

la actividad para la que ella ha sido constituida, y para la que, precisamente, le ha reconocido el ordenamiento jurídico una específica titularidad de derechos y obligaciones. La relación personalidad objeto resulta tan íntima, tan condicionada, que esa ligazón estructurante no puede quedar desvirtuada ni siquiera en el caso que una asamblea unánime ratificará un vínculo jurídico constituído en trascendencia, en ultra vires del objeto social. El argumento no se presentó empero como aplicación de una abstracción teórica a la que resulta poco proclive el jurista inglés, sino más bien en cumplimiento de una medida de protección debida al accionista frente al poder de los administradores".

(COLOMBRES, R. Gervasio -Curso de Derecho Societario, parte general, Buenos Aires - Abeledo Perrot 1972- págs. 105 y 106)

En síntesis:

a) Las compañías comerciales solo tienen capacidad para efectuar los actos señalados en la cláusula de su objeto social dentro de los cuales se entienden incluidos aquellos que se relacionan directamente con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir con la obligaciones derivadas de la existencia y actividad de la sociedad. Por consiguiente, si en el estatuto de una compañía no aparece expresamente indicada en la cláusula de su objeto la posibilidad de gravar sus bienes para garantizar obligaciones de terceros, los administradores deben abstenerse de realizar tales operaciones, salvo que constituyan actos que se relacionen directamente con las actividades del objeto social ya que el artículo 99 del C. de Co. así lo dispone.

b) Las sociedades solo se obligan por las operaciones que correspondan a su objeto.

c) Los administradores responden por los perjuicios causados, entre otros, cuando ejecutan actos que sobrepasen la órbita del objeto social. Frente a tales hechos compete a la justicia ordinaria emitir el pronunciamiento a que hubiere lugar en cada caso concreto.

(Oficio OA-19021, Noviembre 27 de 1979).

3. ALCANCES QUE DENTRO DEL CONTEXTO DEL OBJETO SOCIAL TIENE LA INVERSION COMO ACTIVIDAD CONSTITUTIVA DEL MISMO

A efecto de precisar los alcances que dentro del contexto del objeto social representa la inversión como actividad constitutiva del mismo, es necesario determinar qué se debe entender por "inversión" e "inversiones", como actividades económicas en materia comercial, siguiendo los lineamentos trazados por el Estatuto Mercantil, en especial, el artículo 823, que es del siguiente tenor:

"ART. 823.- Los términos técnicos o usuales que se emplean en documentos destinados a probar contratos u obligaciones mercantiles, o que se refieran a la ejecución de dichos contratos u obligaciones, se entenderán en el sentido que tengan en el idioma castellano.

"Cuando se hayan utilizado simultáneamente varios idiomas, se entenderán dichos términos en el sentido que tengan en castellano, si este idioma fue usado; en su defecto, se estará a la versión española que más se acerque al significado del texto original.

"El sentido o significado de que trata este artículo es el jurídico que tenga el término o locución en el respectivo idioma, o el técnico que le dé la ciencia o arte a que pertenezca o finalmente el sentido natural y obvio del idioma a que corresponda."

Como primera medida, se impone citar la definición que de inversión, trae el diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas:

"Alteración o transposición. Colocación de dinero, para hacerlo productivo o precaverse de su desvalorización. Aplicación u ocupación del tiempo. ..." (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas, Pág. 493, Tomo IV, 20a. edición, 1981, Editorial Heliasta S.R.L.).

Por su parte, el Diccionario Económico y Financiero de Y. Bernard J.C. Colli, señala:

"Adquisición de medios de producción. Por extensión: adquisición de un capital para conseguir una renta. En una acepción familiar: colocación en valores mobiliarios. (Del inglés: investment.) En el sentido estricto de la palabra, consiste en la utilización de renta que se refleja en el aumento del patrimonio de bienes de equipo. Dado que determina la formación del capital y su asignación a la

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

producción, representa al caso opuesto al consumo que busca la satisfacción de necesidades mediante la destrucción de bienes y servicios."

Si atendemos la primera definición, podemos afirmar que la participación en sociedades comerciales es una inversión o forma de hacer productivo el dinero, como quiera que de acuerdo con el artículo 98 del Código Mercantil, quienes se asocian, lo hacen con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social; si se atiende la segunda, la que presenta la inversión como una forma de colocar dineros en valores mobiliarios, llegaremos a igual conclusión, toda vez que las acciones son títulos valores corporativos de participación y por ende, bienes mercantiles de carácter mobiliario.

Ahora, no hay que pasar por alto, que en su labor hermenéutica el intérprete debe atender los supuestos económicos definidos como elementos de la inversión en otras normas legales, los cuales constituyen una herramienta valiosa para establecer el sentido y alcance que puede tener la inclusión de la expresión citada, como actividad principal en el objeto social.

Algunos elementos, entre otros, son los señalados por los artículos 61 y 116 del decreto 2649 de 1993 y en la descripción del grupo 12 ("INVERSIONES") que señala el decreto 2894 de 1994 (por el cual se modificó el Plan Unico de Cuentas establecido por el 2650 de 1993):

*ART. 61, decreto 2649 de 1993:"**Inversiones.***

Las inversiones están representadas en títulos valores y demás documentos a cargo de otros entes económicos, conservados con el fin de obtener rentas fijas o variables, de controlar otros entes o de asegurar el mantenimiento de relaciones con éstos.

Cuando representan activos de fácil enajenación, respecto de los cuales se tiene el propósito de convertirlos en efectivo antes de un año, se denominan inversiones temporales. Las que no cumplen con estas condiciones se denominan inversiones permanentes. ...."

ART. 116, ibídem: ***"Revelaciones sobre rubros del balance general***

En adición a lo dispuesto en la norma general sobre revelaciones, a través del balance general o subsidiariamente en notas se debe revelar la naturaleza y cuantía de:

1) Principales inversiones temporales y permanentes, con indicación de su valor de realización. Cuando se trate de inversiones mediante las cuales se subordine otro ente, se indicará adicionalmente el porcentaje de participación que cada una de ellas represente, el método utilizado para su contabilización y las utilidades recibidas. ..."

DESCRIPCION GRUPO 12, decreto 2894 de 1994: "Comprende las cuentas que registran las inversiones en acciones, cuotas o partes de interés social, títulos valores, papeles comerciales o cualquier otro documento negociable adquirido por el ente económico con carácter temporal o permanente, con la finalidad de mantener una reserva secundaria de liquidez, establecer relaciones económicas con otras entidades o para cumplir con disposiciones legales o reglamentarias. "

Transcendiendo el Derecho Positivo Nacional, la Norma Internacional de Contabilidad No. 25 aporta la siguiente definición:

"Una inversión es un activo que conserva una empresa para el acrecentamiento de la riqueza por medio de actos distributivos (tales como intereses, regalías, dividendos y arrendamientos), para que aumente el capital o para el logro de otros beneficios para la empresa inversionista, tales como aquellos obtenidos a través de sus relaciones mercantiles ... (NORMAS INTERNACIONALES DE CONTABILIDAD, International Accounting Standards Committee "IASC", NIC 25 "Tratamiento Contable de las Inversiones", 1989, Pág. 385, Instituto Mexicano de Contadores Públicos A.C.).

De los artículos transcritos, se infiere que el Legislador Mercantil y las normas internacionales, en materia contable y en tratándose de inversiones, señala de antemano aquellos bienes, que son una manifestación de la actividad económica denominada inversión (consultar la cuenta 1205 del Plan Unico de Cuentas). Igual criterio empleó el Legislador, en los supuestos de los artículos 3.2.2.2., 3.6.2.1., 3.8.4.2., 3.8.4.3., por citar algunos del decreto 653 de 1993; artículos 8, 14, 25 y Capítulos XVIII y XIX de la Parte Tercera del decreto 663 del mismo año, normas en las cuales, la colocación de recursos de capital en partes de interés, cuotas sociales o acciones, constituyen inversiones.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

La anterior precisión es importante, en la medida en que en el caso en estudio, más que la definición en sí de "Inversiones", se cuestiona el alcance de la misma y si ella, comprende la participación en la formación y funcionamiento de otras personas jurídicas, con similar o diferente objeto social.

Así las cosas, de acuerdo con el corolario lógico señalado y al estar previsto dentro del objeto social de una compañía, la actividad "Inversiones", como actividad principal, es posible sostener que la misma goza de capacidad para participar en el capital social de otras personas jurídicas, con igual o diferente objeto social, bien sea como constituyente o fundador o con posterioridad a este primer momento, pues en últimas, la expectativa de rendimiento o de beneficio que le pueda generar esa participación en otras sociedades, es lo que motiva la colocación de recursos de capital en una empresa (como actividad económica organizada) determinada.

No obstante lo anterior, cualquier sociedad comercial puede participar en otra sociedad comercial, en uno cualquiera de los siguientes supuestos, sin perjuicio de su configuración simultánea:

a) Por tenerlo expresamente previsto en el objeto social como actividad principal, en los términos del ordinal 4º del artículo 110 del Código de Comercio;

b) Por existir una relación de medio a fin entre las actividades de las sociedades, de acuerdo con la previsión contenida en el artículo 99 de la misma obra.

Por tal razón debe quedar claro, que aún en el evento de no existir la expresión "Inversiones" en el objeto social una compañía estará facultada para participar en otras sociedades comerciales con objeto social similar en la medida en que exista una relación directa con las actividades previstas en su objeto social principal.

Es preciso reiterar, que aun cuando en gracia de discusión se aceptara la tesis, que el Despacho no comparte, de que la actividad de inversión no le da capacidad a la compañía, tendría que concluirse, en todo caso, que en desarrollo del objeto social si gozaría de capacidad para formar parte de otras sociedades comerciales con objeto social similar, complementario o afín, pues en últimas, los recursos económicos de la sociedad estarían en ese caso siendo utilizados dentro de los límites previstos en el contrato social.

Dicho límite lo constituye el objeto social, el cual está eregido sobre un trípode en cuyos extremos encontramos los elementos propios del contrato de sociedad comercial, la responsabilidad patrimonial de las personas jurídicas y la especialización de los órganos sociales, porque reiteradamente se ha sostenido, que quienes asumen un riesgo al ceder sus aportes a una persona jurídica, lo hacen con el fin de generar y obtener una ganancia económica derivada de la inversión de los mismos en los términos, condiciones y actividades previstos en el contrato social.

En desarrollo de lo expresado, los socios ceden sus aportes con el convencimiento y seguridad de que los administradores van a disponer de tales recursos dentro de los límites que aquellos han señalado en el contrato, de forma tal, que si la sociedad contrae obligaciones ajenas al objeto, serán los administradores y no la persona jurídica los llamados a responder ***patrimonialmente*** *por conductas ejecutadas por fuera del objeto social.*

En armonía con lo anterior, en consideración a la responsabilidad patrimonial que adquiere la persona jurídica por las obligaciones contraídas en desarrollo de su objeto social y al hecho de que la gestión reside en los administradores y no en el máximo órgano social, se afirma que el límite impuesto a los administradores en el objeto social obedece precisamente a una preocupación por que los recursos humanos y de capital sean invertidos, utilizados o destinados en aquellas actividades pactadas dentro del objeto social, de tal manera, que los aportes de los asociados no se desvíen o distraigan en actividades extrañas a la intención expresada en el contrato de sociedad.

En miras a una mayor claridad y precisión en las ideas sentadas, se transcribe a continuación, apartes del concepto elaborado por los doctores Rafael Bernal G. y Adriana Polanía, en ensayo titulado "LAS DESVIACIONES DEL OBJETO SOCIAL EN LA EMPRESA COLOMBIANA" , advirtiendo que las subrayas no corresponden al texto original:

*" **Objeto social.** Es el conjunto de actividades para cuya realización se constituyó la sociedad como sujeto de derechos y obligaciones, para alcanzar un fin común y determinado por todos los socios.*

"Hablamos de actividad para señalar la operación u operaciones que desarrolla la compañía y decimos que "para cuya realización se constituyó", porque su cumplimiento es el que determina a los asociados a organizar una nueva persona; esta afirmación es aplicable también a las sociedades de hecho

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

que como sociedades, aunque no sean personas jurídicas, debe tener un "objeto social, que es el que determina a todos los socios a crear una organización especial. . . "

De otra parte, las inversiones en actividades complementarias o afines con el objeto social principal son una manifestación y no una desviación del mismo, toda vez que es casi que imposible, prever en los estatutos, en forma anticipada, todos los actos o medios de los que se servirá la sociedad para la correcta y adecuada explotación del objeto social para el cual fue constituida.

Sobre este objeto complementario, los citados doctrinantes han considerado.

"La otra parte del objeto social, que es accesoria, se compone de una serie de actividades que conducen a la sociedad a alcanzar su fin. .... De manera que, integrando estas definiciones, tendríamos que: Constituye el objeto principal el fin y, el objeto complementario, las actividades o medios que contribuyen a su cumplimiento.

Estas actividades que integran el objeto complementario deben cumplir con un requisito indispensable que es el de tener una relación directa con el objeto principal.

De otra parte no es indispensable hacer de ellos una enunciación exhaustiva, sino que se entienden incluidos en el objeto social "los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad" (Subrayas fuera de texto).

Como se puede apreciar, con la inclusión de una norma como el artículo 99, se evita la dispendiosa descripción de un sin número de actividades en el objeto social, tales como la celebración de contratos laborales, de prestación de servicios, de reparación o mantenimiento de obras, arrendamiento, compra venta, comodato, mutuo, cuenta corriente bancaria, suscripción de títulos valores y demás, porque para tal efecto es suficiente, que exista una relación directa entre el objeto social principal y el contrato celebrado por la sociedad.

De lo expresado se pueden inferir tres conclusiones:

1. No es necesario incluir los medios jurídicos y económicos que la sociedad utilice para el logro de su objeto social principal, ya que su ejecución no conlleva una desviación o alteración, sino un desarrollo del mismo;

2. Toda sociedad goza de aptitud o capacidad para adelantar todas aquellas actividades que tengan una causa o razón teleológica directa en relación con las actividades previstas en el objeto social principal;

3. La inclusión de tales actos resulta inoficiosa, debido a que es casi imposible que esta disposición abarque o prevea todos los actos que la compañía deba desarrollar para cumplir su objeto social.

(Resolución 320-2279 Septiembre 22 de 1995)

IV - PODERES

1. EL OTORGAMIENTO DE PODERES POR PARTE DE LOS ADMINISTRADORES CON EL FIN DE VOTAR LOS ESTADOS FINANCIEROS, EN NADA MODIFICA LA SITUACIÓN DE ILEGALIDAD EN QUE SE INCURRE.

El Código de Comercio establece que los socios que forman parte de la Administración, como miembros de la Junta Directiva, Gerente, etc., deben abstenerse de votar los Estados Financieros que se presenten en las reuniones del Máximo Organo Social...".

Inquieta establecer si es legítimo y, de serlo, cuál precepto lo prevé que para obviar la inhabilidad antedicha tales asociados, miembros de administración, puedan conferir poder de representación a otras personas a fin de que en las asambleas o juntas de socios voten esos estados financieros.

Ciertamente de conformidad con el artículo 185 -inciso 2o. del Código de Comercio, los administradores están impedidos para votar los balances y cuentas de fin de ejercicio y los de la liquidación, por su ingerencia en los resultados que reflejan dichos estados financieros. Se trata pues, de una prohibición de ley que se funda en razones de carácter ético, cuyo sentido y efectos no es dable variar, sin incurrir en la ilegalidad, mediante el otorgamiento de un poder para los fines referidos, procedimiento éste que en nada modificaría la situación, porque es sabido que el apoderado naturalmente obra en nombre del poderdante.
(Oficio DAL-07670, Abril 16 1986).

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

2. EL OTORGAMIENTO DE PODERES POR PARTE DEL GERENTE DE LA SOCIEDAD, ASI FACULTEN AL APODERADO O MANDATARIO PARA REALIZAR TODOS LOS NEGOCIOS PREVISTOS EN SU OBJETO SOCIAL, NO DEFIEREN O DELEGAN LA REPRESENTACION LEGAL EN EL MANDATARIO, PUES ESTA POR MINISTERIO DE LA LEY SIEMPRE SE ENCONTRARA EN CABEZA DE LA PERSONA DESIGNADA POR LA JUNTA DIRECTIVA, ASAMBLEA DE ACCIONISTAS O JUNTA DE SOCIOS PARA EJERCER DICHA FUNCION.

El acto de la asamblea de accionistas o de la junta directiva al designar al representante legal de una sociedad, no es algo diferente a la constitución de un mandatario con representación, figura que se encuentra reglamentada en los artículos 832 y siguientes y 1262 y siguientes del Código de Comercio. Acorde con ello hay quienes suponen que mientras no se encuentre prohibida la posibilidad de delegar el mandato, el representante legal, según lo previsto en los artículos 2161 del Código Civil y 196 del Código de Comercio, "podría delegar su poder total o parcialmente, mediante el otorgamiento de poderes".

Sobre este aspecto es conveniente hacer las siguientes precisiones:

1o. Tenemos por mandato con representación un contrato mercantil, por el cual, una persona faculta a otra que se obliga por cuenta y riesgo y a nombre de aquella, a celebrar o ejecutar uno o varios negocios jurídicos o actos de comercio.

Si el contrato es, según definición del artículo 864 del Código de Comercio, "un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial...", tenemos de las definiciones dadas como elementos esenciales del mandato comercial con representación las siguientes:

a. Una parte que confiere un encargo (mandato o representado).

b. Otra que lo acepta y se obliga a realizarlo (mandatario o representante) y

c. El negocio (s) jurídico (s) o el acto (s) de comercio que interese (n) al mandante y que deba cumplirse por cuenta de él, sobre el cual debe existir un acuerdo de voluntades.

De lo anterior, podemos afirmar que el mandato comercial con representación es evidentemente convencional, toda vez que se lleva a cabo por

un acuerdo de voluntades y como se infiere de los artículos 833, 840, 841, 844, 1263, 1266, 1267, 1268, 1269 y 1274 del Código de Comercio, debe cumplirse bajo las instrucciones de quien lo confiere o mandante.

2. En cuanto a la figura de la representación legal y con el fin de determinar su naturaleza jurídica, debemos partir de la definición que de persona jurídica nos da el artículo 633 del Código Civil, por ser considerada como tal la sociedad (art. 98, Inc. 2o. C. de Co.).

Así, llama la legislación Civil persona jurídica, a "una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial o extrajudicialmente".

Del texto transcrito tenemos en cuanto al punto que nos interesa, que la persona jurídica está dotada de plena capacidad de derecho, esencial a su propia personalidad, la cual requiere para su proyección tanto en el campo jurídico como real, por ser el ente moral uno e indivisible, de un representante que actúe por ella.

Ahora bien, si en la persona jurídica, titular de derechos y obligaciones, resulta esencial su representación como medio de desarrollar su capacidad, podemos concluir que aquella tiene su razón de ser y su fuente en el sistema legal de la personalidad jurídica.

De la misma manera, encontramos que la legislación mercantil provee la figura de la representación legal como mecanismo de proyección de la capacidad de la sociedad, tal y como se pone de presente en el texto de los artículos 100, numerales 6o. y 12o., 196 y 198 y respecto de las sociedades anónimas, 440 del Código de Comercio.

Así, exige que en el acto de constitución de la sociedad se indique la forma de administrar los negocios sociales conforme al régimen de cada tipo de sociedad, el nombre y domicilio de la persona o personas que han de representarla legalmente, precisando sus facultades y obligaciones, llegando incluso a prever que a falta de estipulaciones se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con su existencia y funcionamiento.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Es decir, la representación legal de las personas jurídicas comerciantes es inherente a ellas por expresa disposición de la Ley Mercantil, la cual puede ser objeto de limitaciones o restricciones que deben ser precisadas en el contrato social.

En este orden de ideas, tenemos en cuanto a la representación legal de una sociedad:

a- Es fundamental, inseparable, indelegable y de la esencia de la persona jurídica.

b- La función misma de la representación legal, puede ser reglamentada en su ejercicio siempre que conste en el contrato social.

c- No se puede asimilar la representación legal al contrato de mandato comercial con representación, básicamente porque en tanto que éste se produce por un acuerdo de voluntades con el representado, aquélla tiene lugar sin esa voluntad. El acto de designación del representante legal por parte de los socios no es igual a la constitución de un mandatario, pues mientras que en aquél no se hace otra cosa que elegir la persona que habrá de cumplir una función derivada de la existencia misma de la sociedad, en éste como se dijo, debe concurrir la voluntad de las partes en un contrato por el cual una de ellas se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio, bajo las instrucciones de quien lo confiere y a su nombre.

Hechas las anteriores consideraciones, podemos concluir que el otorgamiento de poderes por parte del gerente 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.

El poder general que se confiera, se regirá por las disposiciones previstas en el Código de Comercio, para la representación y el contrato de mandato comercial (artículos 832 y 1262 ídem).

(Oficio EX-13998, Julio 19 de 1987)

3. ESTATUTARIAMENTE SE PUEDEN EXIGIR REQUISITOS ADICIONALES A LOS CONSAGRADOS EN EL ARTICULO 184 DEL CODIGO DE COMERCIO, SIEMPRE Y CUANDO NO SE ENTRABE EL EJERCICIO DEL DERECHO AL VOTO.

El derecho al voto y por ende la facultad que otorga la ley para ejercerlo por conducto de representante, es uno de los derechos que conforman el conjunto de derechos que se desprende de la calidad de socio. Este derecho ha sido considerado doctrinariamente como de la naturaleza de esa calidad, entendiendo como tal, aquel que no puede ser negado, pero si variado y modificada la forma de su ejercicio durante la vida social.

Si el derecho al voto es susceptible de ser variado o modificado, en igual sentido lo es la facultad de hacerlo por conducto de representante.

Nuestra codificación mercantil en su artículo 184 establece los presupuestos básicos para el ejercicio de la representación de los asociados, permitiendo eso sí, que en el estatuto se estipulen otros requisitos para ese efecto.

Ahora bien, la posibilidad de introducir requisitos adicionales estatutariamente, no puede entenderse como una autorización total para que por vía de la reglamentación se vulnere lo que precisamente se pretende proteger, así pues, si al introducir requisitos estatutariamente la representación se torna a tal punto dificultosa, en otras palabras, entraba el ejercicio del derecho al voto, que en últimas es el objeto que se desea proteger, tales requisitos serían contrarios a derecho.

(Oficio OA-24789, Octubre 23 de 1990).

4. LA FACULTAD QUE TIENE TODO ASOCIADO DE HACERSE REPRESENTAR EN LAS REUNIONES DEL MAXIMO ORGANO SOCIAL NO PUEDE SER DESCONOCIDA NI LIMITADA EN EL CONTRATO SOCIAL.

Reconoce el artículo 184 del Código de Comercio la facultad que le asiste a todo asociado para hacerse representar en las reuniones del Máximo Organo Social, a través de poder otorgado por escrito, facultad que no puede ser desconocida ni limitada en el contrato social, como derecho individual del socio, con miras a facilitar el funcionamiento de la asamblea.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

El poder debe indicar "el nombre del apoderado, la persona en quien éste pueda sustituirlo y la fecha de la reunión para la cual se confiere", requisitos que impiden la formación de mayorías acomodaticias en las sesiones de la asamblea, mediante el manejo o distribución de los poderes por parte de los administradores.

Las personas jurídicas lo pueden hacer no solamente a través de mandatarios judiciales, sino también por medio de sus representantes legales, para lo cual bastará la exhibición del certificado expedido por la Cámara de Comercio respectiva, donde conste tal circunstancia y se indique además las facultades conferidas por los estatutos sociales a ellos y las limitaciones acordadas a las mismas.

Así las cosas, si las personas naturales representantes de las acciones de las socias, no acreditan en su momento la calidad con que actúan, vale decir, si lo hacen como apoderados o como representantes legales de las mismas (artículos 184 y 117 inciso 2o. ídem), pueden participar en la reunión con voz y no con voto. Este hecho no invalida la legalidad de las decisiones adoptadas en la reunión a menos que al descontar tales acciones, se desintegre el quórum para que el órgano rector pueda deliberar y decidir válidamente.

De otro lado, si las personas naturales que actúan en representación de los entes societarios..., son directivos de la sociedad...éstos pueden representar acciones ajenas, siempre y cuando ostenten la calidad de representantes legales de ellos, al tenor de lo dispuesto por el artículo 185 del Estatuto Mercantil que dispone 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...".

Si las personas nombradas no detentan esa calidad, no pueden representar acciones ajenas, por mandato expreso del artículo 185 ya mencionado y al hacerlo, habrá indebida representación y por tanto tales acciones deberán ser descontadas a efecto de establecer la legalidad de las decisiones adoptadas en la sesión respectiva.

En este estado, si al efectuar el descuento de las acciones indebidamente representadas al total de las acciones presentes y debidamente representadas, no se alcanza el quórum deliberativo y decisorio requerido en los estatutos y en la ley para que el máximo órgano social pueda deliberar y decidir validamente, las

decisiones así adoptadas serán ineficaces al tenor de lo dispuesto por los artículos 190 y 433 ibídem y de consiguiente deberá procederse a convocar a una nueva reunión de la asamblea general de accionistas con el fin de someter a su consideración el temario tratado en la fallida sesión.

(Oficio AN-14938 Julio 22 de 1987).

5. LA FUNCION DE CONSTITUIR APODERADOS ESPECIALES COMPETE EXCLUSIVAMENTE A QUIEN EJERZA LA REPRESENTACION LEGAL DE LA COMPAÑIA.

El estatuto mercantil ha reglamentado con precisión el ámbito dentro del cual los titulares de la representación legal pueden ejercer las funciones que se deriven de su encargo. Los artículos 310, 326, 358 y 440 del Código de Comercio, entre otros, regulan el ejercicio de las referidas atribuciones en los distintos tipos de sociedad contemplados en la legislación colombiana. Con todo, la regla general está contenida en el artículo 196 ibídem, según el cual las personas que representen a la sociedad pueden ejercer todos los actos necesarios para el desarrollo del objeto social, sin limitaciones diferentes de las pactadas expresamente en el contrato social reducido a escritura pública, debidamente inscrita en el registro mercantil.

De lo anterior se infiere, con absoluta claridad, que todas las facultades de representación radican exclusivamente en la persona o personas encargadas estatutariamente de ejercer tales funciones, sin que exista la posibilidad de delegar, por poder o por cualquier otro medio, la representación de la compañía.

Si bien el ordinal 6o. del artículo 110 del Código de Comercio dispone que en los estatutos sociales debe expresarse "la forma de administrar los negocios sociales, con indicación de las atribuciones y facultades de los administradores, y de las que se reserven los asociados, las asambleas de socios, conforme a la regulación legal de cada tipo de sociedad", no puede inferirse de tal posibilidad de estipulación, que en una compañía donde la administración no competa a los asociados puedan éstos, reunidos en asamblea o junta de socios, delegar en un tercero la totalidad o parte de las facultades inherentes a la representación legal.

Esa misma, es la conclusión a la que llega el profesor Gabino Pinzón cuando afirma que "Los socios, como tales, solamente pueden reservarse facultades especiales de administración en las formas de sociedad en las que por

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

ley les corresponde esa administración, que en tales casos es delegable; y que a la asamblea general no pueden reservarse, en materias de administración, facultades que impliquen la representación de la sociedad, ya que, dadas las dificultades de orden práctico que crearía esa representación colectiva de la sociedad, en el Código de Comercio, desde el mismo artículo 110 -ordinal 12- hasta el 440, se ha previsto la representación a cargo de una o determinadas personas cuyo nombre y domicilio debe dotarse de publicidad por medio del registro público de comercio, "cuando esta función no corresponda por ley o por el contrario, competa a todos o algunos de los asociados, sin incluir nunca a la asamblea como titular de esa representación" (Sociedades Comerciales, Vol. I, Teoría General, 5a. Ed., Editorial Temis, Bogotá, 1989, pág. 206).

De las consideraciones anteriores puede colegirse claramente que el máximo órgano social no está facultado para constituir apoderados especiales para eventos determinados, toda vez que la representación legal de la sociedad compete exlusivamente a la persona o personas a quienes estaturariamente corresponda el ejercicio de dicha función. Es por ello por lo que la creación por parte de la asamblea o junta de socios de cargos que contemplen facultades inherentes a la representación legal de la compañía, requiere una reforma estatutaria debidamente solemnizada en escritura pública e inscrita en el registro mercantil.

Naturalmente, no esta de más recordar, que el representante legal en ejercicio de sus facultades, pueda otorgar los poderes que estime convenientes para la ejecución de uno o varios negocios.

(Oficio AN-6145, Marzo 14 1991).

6. LA CLAUSULA ESTATUTARIA QUE EXIGE LA ACEPTACION POR PARTE DE LOS SOCIOS RESTANTES PARA QUE LA PERSONA DESIGNADA POR UNO DE ELLOS PUEDA REPRESENTARLO EN LA REUNION DEL MAXIMO ORGANO SOCIAL NO SE AJUSTA A DERECHO.

Uno de los derechos esenciales de todo asociado es el de participar en las deliberaciones del Máximo órgano Social y votar en las reuniones correspondientes, habiendo previsto la ley, mecanismos que permitan el adecuado ejercicio de tal derecho, siendo uno de ellos el consagrado para el caso de que al socio no le sea posible acudir personalmente a ejercer el referido derecho. Surge entonces, como consecuencia de lo anterior, la representación

como una figura importante en la celebración de las asambleas de accionistas o de juntas de socios, la cual tiene su origen en la voluntad del socio, con lo cual nos encontramos frente a una representación voluntaria.

Dicho mecanismo se halla regulado en el artículo 184 del Ordenamiento Jurídico, el cual reconoce para todo socio la facultad de hacerse representar en las reuniones del Organo Rector, representación que para su validez requiere que el poder respectivo se otorgue por escrito y que cumpla los requisitos consagrados en el articulo 184 invocado, a saber:

a. Nombre del apoderado que debe ser una persona natural, salvo que se otorgue a una persona jurídica en desarrollo del negocio fiduciario y que esa persona natural no sea administrador o empleado de la sociedad (artículo 185 ídem).

b. Si se confiere la facultad de sustituir, ha de expresarse el nombre de quien va a ser el sustituto.

c. Fecha de la reunión para la cual se confiere.

d. Las demás que prevea el estatuto, entendiendo que tales requisitos son todos aquellos de carácter formal predicables en relación con el poder, y no propiamente con la representación en sí.

e. En el evento de que el poder se confiera para dos o más reuniones, se requiere que éste se haga por escritura pública o por documento legalmente reconocido.

El artículo 184 en comento, al consagrar la facultad que tiene todo asociado de hacerse representar en las reuniones del Organo Rector, cuando no pueda acudir personalmente a ellas no establece limitación alguna ni deja abierta la posibilidad para que en los estatutos se pueda hacer previsión legal que la limite. Resulta lógico si tenemos en cuenta que la referida facultad se halla consagrada, como ya se dijo, para permitirle al socio el ejercicio de uno de sus derechos esenciales y por lo tanto, no puede supeditarse tal potestad a la presencia de ciertas circunstancias ajenas a la voluntad del socio, como serían las que pretendan exigir la aceptación de los socios restantes, para que la persona por uno de ellos designada pueda representarlo en las reuniones del máximo órgano social.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Por lo anterior, una cláusula estatutaria pactada en la forma planteada, sería contraria a derecho, ya que en esta forma se estaría limitando al socio el derecho que tiene de deliberar y decidir en las sesiones del Máximo Organo Social, que es donde se fijan las directrices para la administración y la gestión de los negocios sociales.

(Oficio SL-04424, Abril 7 de 1988)

7. LA NATURALEZA INTEGRAL O UNITARIA DE LAS ASAMBLEAS Y JUNTAS DE SOCIOS QUE SE CELEBRAN CON APLICACION DE LOS ARTICULOS 429 Y 430 DEL CODIGO DE COMERCIO NO IMPLICAN EL OTORGAMIENTO DE VARIOS PODERES.

Entre los requisitos que deben reunir los poderes otorgados a ese propósito, se encuentra el de la anotación de "...la fecha de la reunión para la cual se confiere...", de donde se deduce que, en realidad, tales poderes solo son comprensivos de la reunión que los mismos expresen, no obstante, que conforme con el inciso segundo del artículo 184 del Código de Comercio, "El poder otorgado por escritura pública o por documento legalmente reconocido podrá comprender dos o más reuniones de la asamblea o de la junta de socios".

Sin embargo, debe quedar perfectamente claro que uno es el evento que se presenta cuando tiene lugar la reunión de la asamblea y con ello el consiguiente agotamiento de los poderes en sus efectos, y otro el que surge cuando la asamblea o la junta de socios no se reúnen por falta de quórum, pese a la corrección legal de la convocatoria. Esta situación se encuentra prevista en el artículo 429 del Código de Comercio, a cuyo tenor, en tales circunstancias, "...se citará a una nueva reunión que sesionará y decidirá válidamente con un número plural de personas, cualquiera que sea la cantidad de acciones que esté representada. La nueva reunión deberá efectuarse no antes de los diez días ni después de los treinta, contados a partir de la fecha fijada para la primera reunión".

Importa destacar aquí que los términos "nueva reunión" empleados por la ley, aluden lógicamente al aplazamiento de aquella que no se efectuó por no haberse conformado el quórum necesario al efecto; pero no a otra sesión del órgano social, puesto que no ha existido realmente una que sea su antecedente. De ahí que con acierto, la doctrina haya denominado a las reuniones que se celebran con aplicación de la disposición antedicha "reuniones de segunda

convocatoria". De suerte que así entendidas las cosas, en concepto de este despacho, los poderes otorgados para representar socios en una reunión determinada del órgano rector, bien pueden utilizarse en el caso que acaba de exponerse, salvo que el poderdante manifieste expresamente en el documento lo contrario. Por la relación temática que puede apreciarse, tratándose de la suspensión de las deliberaciones de asambleas consagradas en el artículo 430 del Código citado, debe ponerse de relieve que aquí no se está frente a reuniones distintas de la asamblea sino a una, susceptible de ser suspendida y reanudada en los términos de la ley mercantil; y por eso, por su carácter integral, los socios que deseen hacerse representar no requieren otorgar tantos poderes cuantas suspensiones se decidan. Con lo anterior se quiere significar que en estas ocasiones opera también el criterio indicado, que se traduce objetivamente en la siguiente afirmación: La naturaleza integral o unitaria de las asambleas y juntas de socios que se celebran con aplicación de los artículos 429 -inciso 1o. y 430 -inciso 1o. del Código de Comercio, no implican el otorgamiento de varios poderes para los fines de la representación de que trata el artículo 184 ibídem.

(Oficio DAL-27179, Noviembre 23 de 1990).

8. PARA HACERSE REPRESENTAR EN UNA REUNION DE ASAMBLEA O JUNTA DE SOCIOS, PUEDEN OTORGARSE POR TELEFAX, TODA VEZ QUE TAL MECANISMO EQUIVALE A LA FORMA ESCRITA.

En cuanto se refiere al otorgamiento de poderes por telefax para una sola reunión, conforme a lo dispuesto en el artículo 184 del Código de Comercio, se desprende que el único requisito o presupuesto legal para conferir poderes para una sola reunión de junta de socios o de asamblea es que el mencionado poder sea otorgado "por escrito". En consecuencia, la ley exige no que se pruebe que dicho poder fue otorgado por escrito, sino que se confiera por ese medio, es decir, que tal solemnidad no se requiere "ad probationem", sino "ad sustantiam actus", ya que el otorgamiento del mismo forma parte necesaria del acto del poderdante (Pinzón, Gabino, Sociedades Comerciales Vol. I, Teoría General edic. 1982 pág. 171).

De manera que si el poder para una sola reunión de asamblea o de junta de socios no ha sido otorgado por escrito, deberá entenderse frente a la ley de comercio como inexistente, pues le falta una solemnidad esencial para su formación (artículo 824 y 898 del Código de Comercio).

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Según el Diccionario de la Lengua Española, "escrito" es carta, documento o cualquier papel manuscrito, mecanografiado o impreso. Es más, dentro de los medios de comunicación social, la comunicación escrita o forma escrita es el género y los medios naturales (manuscritos, técnicos y tecnológicos, impresos, mimeografiados, telegrafiados, etc) son la especie. De lo cual no es ajena nuestra legislación, cuando equipara la forma escrita a la carta y al telegrama. Entonces se tiene que sobre los poderes otorgados para una sola reunión, independientemente del grado de seguridad que cada uno de ellos ofrezca, cualquiera de las formas especiales de comunicación social escrita son medios aptos para constituirlos.

Sostiene la doctrina al respecto que "contra la teoría del mandato que es el más consensual de los contratos, según el artículo 2149 del Código Civil el poder para representar a los socios en una asamblea general debe ser "otorgado por escrito" cualquiera que sea el medio que se utilice para ello" Pinzón Gabino, o c., pág. 171).

Telegrama significa despacho telegráfico mensaje con rapidez y a distancia. El fax y el télex son modalidades del telegrama y junto con el poder otorgado por computador ofrecen mayor grado de seguridad que los demás medios técnicos y tecnológicos. El télex por cuanto el remitente tiene su propia clave. El telefax porque además de poseer el remitente su propia y exclusiva clave (el número telefónico) equivale a una copia, fotocopia o fotografía del documento completo mediante el cual fue conferido el poder. En cuanto a los poderes por computador tiene el grado de seguridad que le ofrece el sistema adoptado por el remitente y dispone el artículo 826 que "cuando la ley exija que un acto o contrato conste por escrito bastará el instrumento privado con las firmas autógrafas de los suscriptores" y que si la ley no dispone otra cosa, las cartas o telegramas equivaldrán a la forma escrita con tal que la carta o el original del telegrama estén firmados por el remitente, o que se pruebe que han sido expedidos por éste, o por su orden". (artículo 826 del Código de Comercio).

El hacerse representar en las reuniones de la asamblea o en la junta de socios es un derecho inherente a la calidad de asociado, sea éste persona natural o persona jurídica, ya que la ley no ha establecido limitación alguna al respecto. Por el contrario, el legislador les da a ambos el mismo tratamiento jurídico, como es apenas obvio; por eso ordena que "todo asociado" se podrá hacer representar en las sesiones de los máximos cuerpos colegiados, razón por la cual el poder referido no tendrá requisitos diferentes que el de ser conferido "por escrito", sea que se otorgue por un asociado nacional o un extranjero, siempre y cuando se trate en este caso de personas naturales y el documento no sea otorgado en

idioma diferente al castellano, pues en este evento normalmente tendría que acudirse a su traducción oficial.

En cuanto a los poderes otorgados en el exterior para representar a un socio extranjero que sea persona jurídica, la ley ha previsto requisitos especiales a los cuales habrán de sujetarse tales poderes.

En efecto el artículo 480 el Código de Comercio hace referencia especialmente a la autenticidad de los documentos expedidos en el exterior, señalando que los mismos deberán ser legalizados por funcionarios competentes en el respectivo país y la firma correspondiente será a su vez autenticada por el cónsul colombiano, o a falta de este por el de una nación amiga. Sobre esta clase de documentos tales funcionarios también harán constar que dichas sociedades "existen y ejercen su objeto social conforme a las leyes del respectivo país".

Por su parte, el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil prescribe que las firmas de los documentos otorgados en el extranjero deben ser abonadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores y el artículo 250 ibidem, en concordancia con los artículos 2 del Decreto 382 y 5 del Decreto 2257 de 1951, expresan la necesidad de la traducción oficial de tales documentos, cuando sean conferidos en idioma distinto al castellano.

Lo expuesto sobre poderes extendidos en el exterior en representación de un asociado que sea persona jurídica deberá entenderse desde luego sin perjuicio de lo establecido en convenios internacionales sobre el régimen de los poderes que el país haya suscrito e incorporado, como en el caso del "Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de Poderes" que los estados miembros de la Unión Panamericana firmaron el 17 de febrero de 1940 y que fue aprobado e incorporado al país mediante la ley 10 de 1943. En este caso, los poderes otorgados en uno de los países miembros (Estados Unidos, México, Nicaragua, El Salvador, Panamá, Venezuela, Brasil, Bolivia o Colombia) deberán reunir los requisitos de la convención. Consecuentemente, esta clase de poderes en representación de personas jurídicas extranjeras pueden otorgarse por los medios técnicos y tecnológicos antes mencionados, siempre y cuando se cumpla con las normas a que se ha hecho referencia. Lo anterior, significa que el telefax podrá ser utilizado después de haberse agotado el procedimiento ya citado.

(Oficio EX-2016, Enero 31 de 1991).

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

9. PUEDE OTORGARSE PODER PARA QUE UN TERCERO REPRESENTE LOS HIJOS MENORES Y SIN EMBARGO ACTUAR EN EJERCICIO DE SUS PROPIOS DERECHOS. LA RESTRICCION AL VOTO SE APLICA SEPARADAMENTE A LAS ACCIONES PROPIAS Y A LAS REPRESENTADAS.

La Ley Mercantil, específicamente el artículo 102 del Código de Comercio, prevé la existencia de sociedades entre padres e hijos, aún cuando unos y otros sean los únicos asociados, de suerte que en una sociedad anónima bien pueden participar aquellos como accionistas de manera simultánea.

Dándose dicha circunstancia, cada uno de los citados, están llamados a ejercer en forma independiente el ejercicio de los derechos que su calidad de accionistas comporta, no pudiéndose restringir los mismos so pretexto de la inmediata relación de consanguinidad que exista entre unos y otros.

Siendo los hijos menores de edad, y como quiera que de acuerdo con el Decreto 2820 de 1974 el ejercicio de la patria potestad, es decir el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, corresponde a los padres en forma conjunta, ejercer frente a la sociedad los derechos que como accionistas tengan tales hijos, función que deben cumplir en forma separada de los derechos que a ellos les corresponda como accionistas que también sean.

Uno de tales derechos es el que consagra el artículo 184 del Código de Comercio y en virtud del cual, todo asociado puede hacerse representar en las reuniones de la asamblea mediante poder otorgado por escrito con el cumplimiento de las formalidades que señala dicha disposición, derecho que dada la preceptiva de la misma, está atribuido en relación de cada accionista, tratándose de sociedades anónimas.

Así las cosas, perfectamente es viable otorgar poder a un tercero para que represente a uno o más de dichos menores en cualquier reunión de asamblea general de accionistas y simultáneamente actuar en dicha reunión en ejercicio de los derechos propios de accionista que sea de la sociedad.

En cuanto a la restricción del voto que consagra el artículo 428 del Código de Comercio según el cual "Ningún accionista podrá emitir, por sí o por interpuesta persona, más del veinticinco por ciento de los votos que correspondan a las acciones presentes en la asamblea en el momento de hacerse la votación", tal restricción es aplicable en relación con cada accionista, de suerte que si una

persona actúa en una reunión en representación de sus propias acciones y a su vez, en representación de otro u otros accionistas, ya sea como representante legal o apoderado de los mismos, el límite del 25% de los votos correspondientes a las acciones presentes, no se le puede aplicar al total de acciones propias y ajenas que esté representado, sino que se aplica separadamente a las acciones propias y a las acciones que pertenezcan a cada uno de los asociados a cuyo nombre también está actuando.

Sea de señalar que dicha restricción opera en la medida en que en los estatutos sociales de la compañía no se hubiere estipulado cosa distinta, según lo previene la norma legal invocada.

(Oficio AN-14285, Junio 27 de 1991).

V - REFORMAS ESTATUTARIAS

1. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO NO SUPLE LA AUTORIZACION QUE DEBE EXPEDIR LA SUPERINTENDENCIA PARA SOLEMNIZAR UNA REFORMA ESTATUTARIA CUANDO HAYA LUGAR.

El artículo 288 del Código de Comercio dispone que se entenderá agotada la vía gubernativa, respecto de las solicitudes formuladas a la Superintendencia por las sociedades vigiladas, si transcurridos treinta días hábiles no se ha dictado alguna providencia.

Como puede observarse la norma citada hace relación a la vía gubernativa la cual consiste en la facultad que tienen los particulares para disentir o controvertir las decisiones de la administración.

Su agotamiento se produce en forma explícita, cuando las providencias que deciden el fondo de un asunto no son susceptibles de recursos, o éstos se han decidido, y en forma implícita, cuando ha transcurrido un mes o 30 días hábiles, sin haber dictado providencia alguna, relativa al recurso o a la solicitud.

El silencio administrativo como institución del derecho procesal, es un medio de agotar la vía gubernativa, agotamiento que faculta al interesado para trasladar la controversia con la administración a la vía jurisdiccional o sea ante los jueces administrativos (Consejo de Estado o Tribunales).

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Es de advertir que el agotamiento de la vía gubernativa no se produce por el solo hecho de haber transcurrido los treinta días hábiles, ya que el interesado tiene la opción de acudir a la vía contenciosa o esperar a que la administración se pronuncie sobre el asunto planteado.

Al respecto dijo el Consejo de Estado "La ley no obliga a hacer uso del silencio administrativo para proceder a la demanda, sino que da opción al interesado para utilizarlo o no, esto es, esperar a que la administración se pronuncie sobre los recursos interpuestos o la petición hecha, o acudir a la jurisdicción contenciosa una vez que se haya configurado el fenómeno. Esto puede hacerlo en cualquier momento en que lo considere oportuno, sin que opere para la acción originada en esta forma el evento de la prescripción..."
(Sentencia Sección Cuarta, 16 de diciembre de 1969)

Así las cosas, la administración no pierde la competencia para pronunciarse sobre la petición o recurso, sino desde el momento en que el interesado decide recurrir a los jueces administrativos y le acepta su demanda.

Por otra parte, es preciso distinguir entre el silencio administrativo negativo y el positivo, ya que sus efectos son completamente diferentes.

El negativo no traslada la competencia a la vía jurisdiccional, sino desde el momento en que es aceptada la demanda, así mismo, supone denegada la petición, por ello el proceso ante el juez se encamina a desvirtuar y obtener la simple anulación de lo denegado, o ésta y el restablecimiento del derecho, si a ello hubiere lugar.

Por el contrario, el silencio administrativo positivo sí despoja a la administración de su competencia, por el solo transcurso del tiempo y configura el presupuesto legal para dar por resuelto favorablemente la petición o recurso, vale decir que es la misma ley la que decide el asunto planteado.

Si la ley decide de plano no se ve la razón para recurrir a la jurisdicción contenciosa a ventilar un asunto resuelto favorablemente.

La razones expuestas llevan a concluir que el silencio administrativo positivo por llevar implícita una decisión legal debe estar expresamente consagrado en la ley.

(Oficio No. 14921 Octubre 6 de 1982).

2. EL TERMINO DE DURACION DE UNA SOCIEDAD SE ENTIENDE VALIDAMENTE PRORROGADO DESDE EL MOMENTO EN QUE EL MAXIMO ORGANO ADOPTA LA RESPECTIVA REFORMA.

Se ha concluido que la prórroga del término de duración en una sociedad, es una reforma estatutaria que para nada difiere de otra, y por consiguiente produce sus efectos entre los socios, a partir de su aprobación por la asamblea o junta de socios; y respecto de terceros, desde la inscripción en la Cámara de Comercio de la escritura de reforma. Por tanto es válida la prórroga desde el momento en que se adopta la determinación por parte del máximo órgano social, pese a que tal circunstancia no sea oponible frente a terceros antes de efectuarse el registro mercantil de la correspondiente escritura.

Los requisitos de validez de las reformas son en general, los exigidos para cualquier determinación del máximo órgano social, es decir, que su adopción cuente con el número de votos previsto en los estatutos o en la ley, la ausencia de vicios en el consentimiento, la licitud del objeto y de la causa y que la decisión no contraríe norma imperativa, ni exceda los límites del contrato social. (Artículo 190, 899 y 900 del Código de Comercio).

Por su parte el artículo 158 del Código de Comercio establece que toda reforma del contrato de sociedad deberá reducirse a escritura pública que se registrará como se dispone para la escritura de constitución, señalando a continuación que sin estos requisitos la reforma no producirá efecto alguno respecto de terceros aunque para los asociados los tendrá desde su adopción conforme a los estatutos. Cabría preguntarse si las formalidades establecidas en la última norma citada pueden considerarse requisitos para la validez de la reforma. La respuesta es negativa. Al señalar el artículo en comento que la falta de escritura y de su inscripción en el registro mercantil implica que la reforma no produzca efectos respecto de terceros, está consagrado impropiamente la inoponibilidad de la misma a los terceros, inoponibilidad que el artículo 901 ibídem, atribuye a la falta de los requisitos de publicidad que la ley exija, de donde podemos deducir que las formalidades de la escritura y su registro son de publicidad solamente y no de validez.

La inoponibilidad de los actos a los cuales faltan los requisitos de publicidad señalados por la ley, según lo expuesto, no hace relación a la validez del negocio mismo, la cual existe antes de que puedan cumplirse dichos requisitos, pues se deriva de condiciones que operan en la formación intrínseca

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

del negocio y excepcionalmente del cumplimiento de formalidades externas, caso en el cual la ley señala expresamente esta circunstancia.

En el anterior orden de ideas se reitera entonces, que es válida la prórroga desde el momento en que el máximo órgano social adopta la determinación, pese a que no se hayan cumplido los requisitos de publicidad a que alude el artículo 158 del código citado, es decir, que la disolución no se produce aún cuando tal circunstancia no sea oponible frente a los terceros antes de efectuarse el registro mercantil de la escritura contentiva a la correspondiente reforma.

(Oficio 220-10619 Abril 29 de 1992)

3. *LOS CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL SOBRE LAS CUOTAS EN LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA IMPLICAN UNA REFORMA ESTATUTARIA. LA CELEBRACION DE CONTRATOS DE FIDUCIA POR TODOS LOS SOCIOS CON UN SOLO FIDUCIARIO NO ES CAUSAL DE DISOLUCION.*

Conforme con lo previsto en el artículo 1266 del Código de Comercio, la fiducia mercantil es un negocio jurídico a través del cual una persona denominada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para dar cumplimiento a una finalidad determinada por el constituyente en provecho de éste o de un tercero que se llama beneficiario o fideicomisario (inciso 1o.).

Ante todo debe tenerse en cuenta que en la figura jurídica en cuestión tiene lugar una transferencia de bienes del fiduciante al fiduciario en los términos de la definición legal transcrita, de suerte que dicho fiduciario es o se convierte en propietario formal de tales bienes hasta cuando se de cumplimiento a la finalidad pactada en el respectivo contrato. De lo que se acaba de expresar se infiere que la propiedad antedicha no puede ser considerada como absoluta, ya que se halla condicionada al destino o finalidad perseguida por el constituyente de la fiducia.

La adquisición de los bienes por parte del fiduciario presenta particularidades sui generis pues aquélla es hecha a título gratuito y precario. En efecto, el fiduciario recibe los bienes sin que por ellos haya pagado suma alguna y, de otra parte, no adquiere el dominio pleno y absoluto a que se refiere el artículo 669 del Código Civil, pues no puede poseer tales bienes por más tiempo

del señalado en el negocio fiduciario, o del estrictamente necesario para el cumplimiento del encargo. Tampoco puede ejercer para sí los actos inherentes al derecho del dominio, o sea los atributos de la propiedad (jus utendi, fruendi y abutendi). De lo últimamente dicho, se desprende una doble titularidad sobre la propiedad de los bienes fideicomitidos: la del fiduciario, como dueño aparente de los bienes (titularidad jurídica) y la del beneficiario como titular de los beneficios connaturales al carácter de dueño, con la anotación de que ellas coexisten autónomamente en torno a un mismo bien o bienes, ya que sus intereses y derechos versan sobre objetos diferentes.

Consecuentemente con lo expuesto, el fiduciario está obligado a tener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios (artículos 1228 y 1234 -ordinal 2o. C. de Co.), pues no debe olvidarse que conforme con el artículo 1233 ibídem, para todos los efectos legales los bienes fideicomitidos forman un patrimonio autónomo afecto al fin contemplado en el acto constitutivo, razón por la cual se dice que dicho patrimonio forma una universalidad de bienes con una afectación precisa que debe ser respetada según la ley.

Ahora bien, importa destacar que las condiciones pactadas en el contrato de fiducia mercantil son indispensables para determinar los derechos que sobre los bienes correspondientes tiene el fiduciario, el beneficiario y los que se reserve el fideicomitente. Aquí es importante advertir que la transferencia de la propiedad constituye la diferencia fundamental entre la fiducia mercantil y el mandato o encargo fiduciario, donde encomendada una gestión la propiedad de los bienes entregados al fiduciario permanece en cabeza del fideicomitente.

Por otro extremo, debe tenerse presente que al examinar la estructura jurídica de las sociedades de responsabilidad limitada, se pone de relieve el hecho consistente en la importancia que en ella se da al carácter personalista, tratándose de la conformación de su capital y del procedimiento para la cesión de cuotas. De ahí que el artículo 362 -inciso 2o. del Código de Comercio expresamente consagre que la cesión de las mismas implicaría una reforma estatutaria y que el instrumento notarial que la contenga debe ser otorgado por el representante legal de la sociedad, el cedente y el cesionario.

Como es suficientemente conocido, las reformas del contrato social obedecen a la necesidad de introducir al mismo ciertas variaciones en un momento determinado, cambios estos que tienen su origen en diversas circunstancias y que normalmente se orientan hacia un mejor y más provechoso

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

funcionamiento de la compañía. Con lo anterior se quiere significar, que si el legislador erigió en reforma estatutaria las cesiones de cuotas en las sociedades de responsabilidad limitada, es precisamente en razón a la preponderancia del elemento personal atrás mencionado, pues como reformas que son deben ser aprobadas por la junta de socios con el lleno de los requisitos legales y estatutarios que regulan la materia.

La fiducia mercantil, es cierto, no da al fiduciario la calidad de propietario absoluto de los bienes transferidos, sino la de titular de una especie de dominio que se circunscribe a la finalidad que se pacte en el contrato. Pero esa mutación o cambio de titularidad que se presenta entre fiduciante y fiduciario, da lugar a que se afirme que en concepto de este Despacho, los contratos de fiducia mercantil sobre las cuotas en la sociedad de responsabilidad limitada implican una reforma estatutaria, cuya solemnización y registro mercantil deben efectuarse en obedecimiento a los preceptos legales pertinentes.

En cuanto a que si con fundamento en lo anteriormente expuesto, todos los socios de la compañía constituyen contratos de fiducia mercantil sobre sus cuotas, la sociedad entraría en causal de disolución, por quedar como titular de las mismas un patrimonio autónomo, es preciso aclarar que éste no tiene personalidad propia, pues su titular es el fiduciario respectivo. De otro lado, como de acuerdo con lo normado por el artículo 1233 del Código de Comercio, para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos han de mantenerse separados del resto de activo fiduciario, así como de los que correspondan a otros negocios de la misma índole, puede afirmarse que si los contratos objeto de comentario se celebran por todos los socios con un solo fiduciario, no por ello la sociedad se hallará incursa en causal de disolución. No esta por demás indicar, que en este evento, habrá tantos patrimonios autónomos como contratos de fiducia se hubieren celebrado.

(Oficio DAL- 03738, Febrero 19 de 1992)

4. LOS EFECTOS DE LA TRANSFORMACION NO ALTERAN LAS OBLIGACIONES CONTRAIDAS CON ANTERIORIDAD A LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL DEL INSTRUMENTO PUBLICO QUE LA CONTENGA.

La transformación de conformidad con el artículo 167 del Código de Comercio, es una reforma estatutaria consistente en adoptar una forma diferente

de tipo societario comercial a la que ostenta, cambio que no produce solución de continuidad en la persona jurídica.

De acuerdo a lo expuesto la mencionada operación implica la modificación interna de su estructura, con el fin de acomodarla a la forma societaria adoptada, sin que tal operación produzca extinción del sujeto de derecho, pero puede conllevar variación en el grado de responsabilidad de los socios frente a terceros, ya que la ley determina para cada tipo de sociedad la responsabilidad de los asociados respecto de las operaciones sociales, lo cual no puede ser variado por convenio entre los particulares por estar esta responsabilidad establecida en normas de carácter imperativo, ya que en este tópico está interesado el orden público y social.

Pero al respecto es necesario aclarar que los anotados efectos rigen para el futuro, por cuanto no afectan las obligaciones contraídas por la compañía con anterioridad a la inscripción en el registro mercantil del instrumento público de transformación (artículo 169 ibídem), de consiguiente si la responsabilidad de la nueva forma es menor que la que tenían los socios antes de la transformación, esta menor responsabilidad sólo se aplica a las obligaciones contraídas con posterioridad a la fecha en que se perfeccionó la mencionada figura jurídica.

Lo anterior, tiene su razón de ser si se tiene en cuenta que en la transformación no intervienen los terceros ni los acreedores y la sociedad unilateralmente no puede liberar a los asociados del grado de responsabilidad que les corresponde, que es aquél que tenían en la fecha en que se celebró el acto o contrato y que depende del tipo societario que ostenta la compañía en ese momento (Anónima, Limitada, en Comandita o Colectiva).

No obstante el cambio estructural mencionado, la persona jurídica continúa incólume, es decir el sujeto de derecho sigue siendo el mismo, por tanto las relaciones jurídicas en su contenido y desenvolvimiento no sufren modificación alguna, es así que los derechos de los terceros y de los acreedores no se afectan, sino que continúan en las condiciones y con las garantías pactadas.

Por tal razón anotada tampoco hay variación en los derechos adquiridos por la sociedad a no ser que por ley o por pacto privado se exija para su ejercicio un tipo societario especial, o la consulta y aceptación previa para cambiarlo.

(Oficio SL-37031, Sept. 8 de 1988)

VI - REPRESENTACION

1. A FALTA DE ACUERDO ENTRE LOS ALBACEAS PARA LA DESIGNACION DEL REPRESENTANTE, ES IMPERIOSO ACUDIR A LAS NORMAS PERTINENTES DE LA LEGISLACION CIVIL, POR CUANTO LA MERCANTIL NO CONSAGRA MECANISMO ALGUNO AL RESPECTO.

De acuerdo con el artículo 148 del Código de Comercio, "Si una o más partes de interés, cuotas o acciones pertenecieren proindiviso a varias personas éstas designarán a quien haya de ejercitar los derechos inherentes a las mismas". Es evidente que esta disposición no establece la forma como habrá de hacerse la designación del representante de las partes de interés, acciones o cuotas sociales, para aquellos eventos en los cuales no sea posible el acuerdo unánime entre albaceas para la designación de representante.

Nos remitimos entonces a lo previsto en el artículo 378 Idem, norma que si bien es cierto es especial para las sociedades anónimas, también lo es el que es aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada por remisión expresa que al respecto hace el artículo 372 ibídem, cuando establece 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".

El citado artículo 378 en su inciso primero prevé la posibilidad de que una acción (o cuota social), pueda llegar a pertenecer por cualquier causal legal o convencional a dos o más personas, caso en el cual se impone la necesidad de designar un representante común y único, pero sin que se disponga en esta norma legal sistema alguno para hacer tal designación por parte de los titulares de dicha acción.

Para suplir este vacío es preciso acudir a lo establecido en el artículo 2o. del Código Mercantil según el cual "En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil".

Para ello se debe partir de la base de que cuando se da la situación descrita en el inciso primero del artículo 378 en mención, ésto es, que sobre una sola parte alícuota del capital social recaiga la titularidad de varias personas, lo que se conforma alrededor de dicha parte alícuota es una comunidad, institución ésta, regulada en el capítulo III, Título 33, Libro 4o. del Código Civil y, por lo tanto, a juicio de este Despacho el nombramiento del representante de la referida

parte alicuota debe hacerse de la misma manera señalada para el nombramiento del administrador de la comunidad, más aún si se considera que el aludido representante adquiere prácticamente el carácter de administrador de la comunidad que surge sobre la acción o cuota que pertenece en proindiviso, dadas las funciones que precisamente va a cumplir el representante.

Con base en lo anterior el aludido vacío puede colmarse adoptando para el caso en comento el sistema que nos ofrece el artículo 17 de la ley 95 de 1890, donde se señala la forma y quórum necesarios para elegir al administrador de una comunidad, para lo cual esta última deberá reunirse en junta general y decidir sobre el particular por mayoría absoluta de votos.

Así mismo la citada ley en su artículo 18, prevé la forma de proceder para el caso en que no se pudiese elegir al administrador de la anterior manera, otorgando a cada uno de los comuneros la facultad de acudir al juez para que los convoque a junta general, quien determinará expresamente la fecha, hora y lugar de la reunión, y así bajo su presencia, efectuar el aludido nombramiento en cuyo caso podrá hacerse por cualquier número de comuneros que concurra y en el evento que no se logre el referido nombramiento, éste corresponderá al juez, en concordancia con lo previsto en el inciso 2o. del artículo 378 ya citado.

Por su parte el inciso 3o. del artículo 378 en comento regula lo referente a la representación de acciones cuando éstas llegan a pertenecer a una sucesión ilíquida, señalando tres eventos diferentes para el ejercicio de dicha representación a saber:

1. Cuando hay albacea con tenencia de bienes, corresponde a él la referida representación.

2. Siendo varios los albaceas, debe designarse un solo representante, salvo que uno de ellos haya sido autorizado por el juez para tal efecto y

3. Si no hay albacea, la aludida representación la llevará la persona que por mayoría de votos designen los sucesores reconocidos en el juicio.

Un cuarto evento que si bien no está expresamente consagrado en la norma legal invocada, si se desprende de ella así como de las disposiciones atinentes a los ejecutores testamentarios contenido en el Título VIII, Libro 3o. del Código Civil, y es que de todas formas existiendo albacea, a él le compete la representación en comento solo que si hay varios, con tenencia de bienes uno de

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

ellos, corresponde a éste, de acuerdo con la exégesis del artículo 378 nombrado, ejercer la anotada representación.

Entonces siendo varios los albaceas designados por el testador, sin que se le haya dado tenencia de bienes a ninguno de ellos, deben, como ya se indicó, designar un representante para que en nombre de la sucesión ejerza los derechos y cumpla las obligaciones atinentes a las acciones o cuotas pertenecientes a ella, salvo que el juez haya autorizado a alguno de los citados para llevar a cabo la mencionada representación, pues en este caso no habría lugar a la referida designación.

Ahora bien, siendo necesario efectuar la designación señalada por no darse ninguna de las circunstancias comentadas, considera este Despacho que para efecto de establecer la forma como ha de hacerse la misma, hay que distinguir si existe o no división de funciones entre los albaceas, pues según los términos de los artículos 1338 y 1340 del Código Civil, ello va a determinar la manera como deben actuar los referidos albaceas en el cumplimiento de sus encargos.

Si no hay división de funciones, a la luz del artículo 1340 citado, los albaceas, salvo disposición expresa en contrario hecha por el testador, deben en todas sus actuaciones obrar de consuno, de manera que de esta forma deben actuar al designar al representante de la sucesión en los asuntos atinentes a la sociedad en la cual aquella es titular de partes alícuotas, lo que quiere decir, en otras palabras, que la referida designación debe hacerse por la unanimidad de los albaceas y a falta de ella debe acudirse al juez, quien es al que le compete dirimir las discordias que ocurran entre ellos.

Por su parte si existe división de funciones bien sea que ésta la haya hecho el testador o bien el juez, para los fines anotados debe obrarse de acuerdo a lo previsto en las disposiciones testamentarias o en la determinación judicial.

A la conclusión anterior se llega si se toma en consideración que el artículo 378 del Código de Comercio referido, no consagra mecanismo alguno al que se deba acudir a falta de acuerdo entre los albaceas para la designación del representante, por lo cual como se dijo, es imperioso acudir a las disposiciones pertinentes de la legislación civil, por mandato del artículo 2o. del Estatuto Mercantil ya citado.
(Oficio SL-36683 Septiembre 5, 1988)

2. *REPRESENTACION DE ACCIONES DEL SOCIO FALLECIDO*

Cuando la sucesión se encuentra en trámite, corresponde al albacea con tenencia de bienes, representar las acciones pertenecientes a la sucesión ilíquida, si son varios los albaceas éstos designarán un solo representante. Si no hay albacea, los sucesores reconocidos en juicio elegirán a una persona para que represente las acciones pertenecientes a la sucesión ilíquida (inciso 3o. del artículo 378 del Código de Comercio ya citado).

(Oficio AN-10375, Mayo 22 1989).

VII - REPRESENTACION LEGAL

1. A MENOS QUE ESTATUTARIAMENTE SE HAYAN OTORGADO AL SUPLENTE COMO TAL FUNCIONES DE REPRESENTACION LEGAL, AL MISMO SOLO COMPETE REEMPLAZAR AL TITULAR EN SUS AUSENCIAS TEMPORALES O DEFINITIVAS.

Como es bien sabido la sociedad constituye una persona distinta de los socios individualmente considerados, y como tal puede ser sujeto de derechos y obligaciones; sin embargo por tratarse de una persona jurídica no pasa de ser una ficción jurídica que carece de entidad material y que por consiguiente requiere de la vinculación de personas naturales y capaces que la representen y que puedan interactuar en su nombre en el mundo comercial.

Es por ello que en toda compañía opera como órgano social el de la representación legal, encargado principalmente de la función vinculante de aquella en el mundo externo, órgano que en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada puede radicar en un gerente, según las voces del numeral 5o. del artículo 358 del Código de Comercio, caso en el cual, en los estatutos deberán indicarse las atribuciones y facultades del mismo, acorde con los artículos 110 numeral 6 y 196 ibídem y a falta de las mismas, se entenderá que podrá "celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad", según reza la norma legal última invocada.

Una primera conclusión alude a que los alcances de la representación legal y por ende la capacidad de las personas que la ejerzan, se determina con

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

base en los parámetros fijados en los estatutos sociales, estos a su vez, ceñidos a los lineamientos legales.

Es precisamente por la importancia de la institución de la representación legal por lo que normalmente se acostumbra a buscar fórmulas que eviten que la compañía, en un momento dado, pueda quedar acéfala en lo que a su representación se refiere, entre las cuales se encuentra la de atribuirla a más de una persona de forma tal que estas puedan actuar conjunta o separadamente o la de crear una suplencia que se haga efectiva cuando por algún motivo el titular no pueda actuar, esta última, la que si bien no está consagrada en el caso de la sociedad limitada, tiene plena viabilidad en la misma, no solo por que no exista disposición legal que así lo impida, sino por simple aplicación del artículo 440 del Estatuto Mercantil, en virtud de lo dispuesto en el artículo 372 ejusdem.

Ahora bien, estando instituida la suplencia con la única finalidad de reemplazar al titular en sus ausencias, es del caso tener en cuenta, que de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, suplencia es "acción y efecto de suplir una persona a otra y también el tiempo que dure esta acción", lo que permite aseverar que en ningún caso es factible que actúen de manera conjunta o concomitantemente el titular y el suplente, puesto que para que éste pueda desempeñar el cargo es requisito indispensable la ausencia de aquel.

Al aceptar una persona el nombramiento como representante legal, esta condición le persigue sin importar el lugar físico donde se encuentre y por consiguiente no es su ausencia material lo que faculta al suplente para asumir el cargo, sino la imposibilidad de desempeñar las funciones correspondientes.

Por tanto a menos que estatutariamente o por un pronunciamiento de la junta de socios emitido con base en las disposiciones contractuales, se hayan otorgado al suplente como tal facultades especiales para representar a la sociedad, el mismo deberá abstenerse de celebrar cualquier acto en el que se pretenda involucrar a la compañía, ya que él carece de capacidad para ello.

En este orden de ideas, es dable afirmar que el suplente del representante legal tiene una obligación de permanente disponibilidad, pero la capacidad para contratar en nombre de la compañía solo nace para él en el momento en que el titular no pueda ejercer el cargo y por consiguiente, si no se da dicho presupuesto, el suplente actuaría sin poder para ello, lo que lo situaría como deudor de la prestación o de su valor, cuando no sea posible su cumplimiento ante los terceros de buena fe con los cuales haya pretendido contratar, de acuerdo con lo

establecido en el artículo 841 del Código de Comercio, excepción hecha, claro está, que el titular ratifique las actuaciones del mencionado administrador.

(Oficio SL-7717 Marzo 22 de 1991)

2. *DETERMINACION DEL PERIODO DEL GERENTE*

Es preciso tener en cuenta, que el artículo 198 del Código de Comercio en su inciso 2o. hablando de las personas que tienen la representación legal de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios, establece que: "Las elecciones se harán para los períodos determinados en los estatutos, sin perjuicio de que los nombramientos sean revocados en cualquier tiempo", norma que es de carácter general aplicable a todo tipo de sociedad, obligatoriamente.

El artículo citado, dice claramente que en los estatutos sociales debe fijarse un período para el ejercicio de las funciones atribuidas a los administradores y señala una característica especial para dicho período, cual es el que debe ser determinado, es decir, debe establecerse un límite exacto, de manera que toda persona que tenga interés en ello pueda conocer en forma precisa cuál es el tiempo en días, meses o años en que los administradores ejercerán sus funciones, o en otras palabras, conocer ciertamente cuándo se inicia y cuándo termina dicho período.

Por tanto, el encargo conferido a los administradores no sólo es temporal, de forma que en ningún caso puede pactarse en los estatutos una gestión por tiempo indefinido, sino que tal temporalidad tiene una calificación especial, esto es, que debe ser precisa y claramente delimitada; de tal manera que si en los estatutos se pactan períodos, tales como "hasta su fallecimiento", se deja al azar la permanencia en el cargo, dependiendo de un tiempo probable pero incierto, lo que ocurriría igualmente con expresiones tales como: "por la duración de la obra", "por la duración de la cosa", etc., pues sería imposible calcular el momento en que tales hechos puedan ocurrir, y por lo tanto, el período de los administradores, si bien es cierto que estaría señalado o previsto, también lo es que sería indeterminado por no conocerse con precisión el momento en que debe terminar el mismo.

Cuando el término de duración de la gestión administrativa no hubiere quedado consignado en la escritura de constitución, debe procederse a reformar los estatutos con el lleno de todas las formalidades legales y estatutarias

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

pertinentes en orden a subsanar la omisión anotada, pues como se dijo, por mandato legal contenido en el artículo 198 citado, en los estatutos debe indicarse tal asunto.

Ahora bien, en esa circunstancia podría considerarse que durante el tiempo que se tome la elaboración de la reforma o ante la imposibilidad de hacerla, el período de quien haya sido nombrado como gerente será de un año, teniendo en cuenta que el artículo 422 del Estatuto Mercantil previó entre los temas a tratar en las reuniones ordinarias a celebrarse cada año, la designación de administradores, siendo dicho momento oportuno para reelegir o remover a los administradores, toda vez que es en tales reuniones donde el máximo órgano social estudia la situación financiera de su empresa y las cuentas e informes que aquéllos presentan de su gestión, pudiendo analizar la conveniencia o no de la permanencia de sus administradores para la buena marcha de la sociedad.

Finalmente, cabe observar que el vencimiento del período para el cual fue elegido un administrador, no determina la cesación de sus funciones, pues el gerente conserva tal calidad hasta que un nuevo nombramiento sea inscrito en el registro mercantil (artículo 164 C. de Co.), ni la fijación de aquél significa que el gerente no pueda ser removido en cualquier tiempo o reelegido indefinidamente.

(Oficio SL-11426, Mayo 28 de 1987).

3. ESTIPULAR EN SALARIOS MINIMOS EL TOPE DE LA CUANTIA FIJADA AL REPRESENTANTE LEGAL PARA LA CELEBRACION Y EJECUCION DE ACTOS O CONTRATOS NO CONTRAVIENE LO PRECEPTUADO EN EL ARTICULO 196 DEL CODIGO DE COMERCIO.

Las impredecibles fluctuaciones económicas y financieras del mundo moderno han generado situaciones y cambios en pro de establecer unos parámetros que permitan mayor exactitud que la unidad monetaria establecida en cada sistema. Es por ello que en la actualidad es frecuente utilizar como tasas de conversión o liquidación medios diferentes, como es el caso del libor, el prime rate, el upac y el salario mínimo.

En nuestro país, el patrón peso ha perdido credibilidad en razón a fenómenos que como la inflación crean una serie de variaciones respecto al poder adquisitivo de la moneda nacional, haciendo necesario la búsqueda de medios o sistemas más acordes con la realidad y es así como el legislador colombiano ha

dispuesto la tasación de ciertas sanciones o liquidaciones tomando como patrón la onza de oro, la unidad de poder adquisitivo constante o el salario mínimo (Ley 33 de 1986, Decreto 677, Decreto 678 y Decreto 229 de 1972).

En tal virtud, es lógico aceptar su viabilidad dadas las devaluativas fluctuaciones del poder adquisitivo del peso colombiano y la necesidad que tiene una sociedad comercial de nivelar el monto máximo pecuniario autorizado a su representante legal con el costo del dinero, máxime si se tiene en cuenta que dicha nivelación, teniendo al peso como patrón, conlleva el cumplimiento de una serie de requisitos de orden legal que si bien es cierto no entorpecen, sí dilatan y complican las actividades propias de dichos directivos (convocatorias, asambleas, solemnizaciones, etc), los cuales se obvian mediante estipulaciones en las cuales se utilice el salario mínimo para fijar, entre otros los valores de compromiso autorizados al representante legal.

En consecuencia, las cláusulas del contrato social que delimitan la cuantía facultada al gerente general con base en el salario mínimo, no contraviene lo preceptuado por el legislador en el artículo 196 del Código de Comercio.

(Oficio EX-05560, Abril 27 de 1988)

4. LA DESIGNACION DEL REPRESENTANTE LEGAL EN LAS SOCIEDADES ENTRE ENTIDADES PUBLICAS Y EN LAS DE ECONOMIA MIXTA.

En las sociedades de economía mixta la participación estatal no tiene límite alguno, sin embargo dicha circunstancia marca la pauta para determinar el régimen legal aplicable según sea el aspecto de que se trate, tal es el caso del nombramiento del presidente o gerente, como lo veremos a continuación:

1. Sociedades de Economía Mixta del orden nacional:

1.1. *Cuando se trate de* ***sociedades de economía mixta con participación de capital público igual o superior al 90%,*** *la designación del gerente o presidente corresponderá* ***al Presidente de la República, siempre y cuando dicha participación corresponda a la Nación.***

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Ello por cuanto al ser sociedades de economía mixta con dicho porcentaje de participación oficial, las mismas están sujetas al régimen propio de las empresas industriales y comerciales del Estado según lo prevén los artículos 3o. del Decreto 3130 de l.968, 464 del Código de Comercio y 3o. del Decreto 130 de l.976; ahora bien, de acuerdo con dicho régimen, la competencia para designar a los gerentes o presidentes de las señaladas empresas radica en el ***Presidente de la República*** *por cuanto de acuerdo con el numeral 13, artículo 189 de la Constitución Política es función suya " nombrar a las personas que deban desempeñar empleos nacionales cuya provisión no sea por concurso o no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o la ley.", las cuales no asignan la referida designación a otros funcionarios sino por el contrario, ésta última, la atribuye al Presidente según lo consagrado en el artículo 28 del Decreto Ley 1050 citado.*

1.2. Tratándose de ***sociedades con igual participación de capital público, pero correspondiéndole ya no a la Nación, sino a una o más entidades descentralizadas del orden nacional,*** *la designación o elección de su gerente o presidente se hará* ***en la forma como se hubiere señalado en los estatutos sociales,*** *según lo establece el inciso final del artículo 3o., del Decreto 130 de l.976.*

En efecto, la citada disposición legal prevé que cuando la aludida participación oficial fuese "exclusivamente de entidades descentralizadas, en el respectivo contrato social se señalará quién elige o designa su Gerente y se determinarán la composición y presidencia de sus juntas directivas", lo que obedece al hecho de que tratándose de entidades descentralizadas que se ponen de acuerdo para crear la sociedad, ninguna de ellas "puede imponer su voluntad sobre la de las otras que también tienen su personería jurídica y su autonomía y patrimonio independiente, y, como consecuencia, en esa materia de determinar la persona que lleve la representación legal de la sociedad de economía mixta ***deberá estarse a lo que libremente, convengan en sus estatutos",*** *según en alguna oportunidad lo expresara el Consejo de Estado, Sección Quinta (Auto del 23 de junio de 1.989)*

1.3. Por su parte, siendo ***sociedades de economía mixta, con participación de capital público inferior al 90%,*** *es claro que en este evento, por tratarse de entidades sujetas al régimen del derecho privado, salvo las excepciones previstas en la ley, que no las hay para el asunto en comento, la designación del presidente o gerente* ***debe hacerse en los términos que consagra el Código de Comercio,*** *que para* ***el caso de sociedades anónimas*** *la atribuye* ***a la junta directiva,*** *facultad que*

por estatutos ***puede delegarse en la asamblea general de accionistas*** *(artículo 440), al paso que si de* ***sociedades de responsabilidad limitada*** *se trata, será la situación contraria, esto es, corresponderá por ley a la* ***junta de socios,*** *pero por estatutos* ***puede atribuírsele a la junta directiva*** *(Artículo 198).*

2. Sociedades de Economía Mixta del Orden Departamental:

2.1 Cuando se trate de ***sociedades de economía mixta en las que participe como socio o accionista el departamento en un porcentaje igual o superior al 51%,*** *se le aplicará el Código del Régimen Departamental conforme se infiere del artículo 256 del Decreto 1222 de 1986, y por tanto la designación del gerente o presidente corresponderá al* ***gobernador,*** *según lo prescribe el artículo 286 ibídem de acuerdo con el cual "Los gerentes o directores de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales y de las sociedades de economía mixta son agentes del Gobernador, de su libre nombramiento y remoción".*

2.2. Siendo una ***sociedad en la que el departamento tenga menos del porcentaje indicado,*** *la mencionada designación se hará* ***en la forma como se hubiere señalado en el acto que autorizó la creación de la misma o la participación del departamento y a falta de indicación sobre tal asunto, en la forma como esté pactado en los estatutos sociales,*** *todo lo cual se desprende de lo consagrado en el artículo 257 del referido Decreto 1222, que prevé que tales sociedades en lo atinente a su régimen jurídico y administrativo, deben sujetarse a las reglas contenidas en dicho acto y en el respectivo contrato social.*

2.3 Por su parte, las ***sociedades en que concurran como únicos asociados tanto el departamento como los municipios o entidades descentralizadas de aquel, o estos conjuntamente con particulares,*** *están sujetas a las normas contempladas en el artículo 4o. del Decreto 3130 de 1968 y en los artículos 1 a 5 del Decreto 130 citado, según lo prevé el artículo 259 del Decreto 1222 varias veces citado, de suerte que en este caso la designación del referido gerente o presidente se hará* ***en la forma como se indique en los estatutos sociales sin importar el grado de participación de las entidades públicas socias o accionistas.***

3. Sociedades de Economía mixta del orden Municipal.

3.1 Como ya se dijo, por regla general, ***cuando los aportes estatales sean del 90% o más del capital social,*** *las sociedades de economía mixta se someterán a las disposiciones previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado.*

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Así las cosas y dado que sobre las ***sociedades de economía mixta de éste orden*** *no existe, en el Decreto 1333 de 1986 norma exceptiva que las regule, debemos darle aplicación a dicha regla, para concluir que tratándose de una sociedad del orden municipal con participación oficial en dicho porcentaje, bien que la misma sea exclusivamente del municipio, ora de entidades descentralizadas suyas, deberá dársele, para los fines en comento, el tratamiento de empresa industrial y comercial del Estado.*

Precisado lo anterior, nos remitimos al artículo 315, numeral 3o. de la Constitución Política, el cual le atribuye ***al alcalde*** *la facultad de nombrar y remover a los gerentes y directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes, por lo cual, a dicho funcionario correspondería el nombramiento de los gerentes de las sociedades de economía mixta en las que participe el municipio o sus entidades descentralizadas con más del 90% aludido.*

3.2 En caso diferente, es decir, ***cuando la participación del municipio o sus entidades descentralizadas es inferior al referido 90%,*** *el régimen aplicable será* ***el señalado en los estatutos sociales respectivos, acorde con los términos que prevé el Código de Comercio,*** *según sea sociedad anónima o de responsabilidad limitada.*

4. Sociedades entre Entidades Públicas:

Esta figura se halla consagrada en el artículo 4o. del Decreto 130 de l.976, el cual prevé, que las ***sociedades que se creen con la participación exclusiva de entidades públicas,*** *con el fin de desarrollar actividades de naturaleza industrial o comercial se someterán a las reglas previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado, pero estableciendo que* ***serán sus estatutos los que proveerán sobre lo relacionado con la elección o designación del gerente,*** *pudiendo disponer además, que un mismo órgano hará las veces de asamblea de accionistas o junta de socios y de junta directiva.*

(Oficio 220-13839 Julio 15/94)

5. LA LEY NO HA IMPUESTO OBLIGACION ALGUNA A LOS SUPLENTES DEL REPRESENTANTE LEGAL PARA ENTRAR A DEMOSTRAR A LOS TERCEROS ANTES DE ACTUAR LA FALTA INCIDENTAL O DEFINITIVA DEL PRINCIPAL

El ejercicio de la suplencia de quien es representante legal de una sociedad, evidentemente está condicionado a la falta temporal o definitiva de quien ha sido elegido en calidad de principal.

Frente a terceros, como medio idóneo de publicidad, nuestra legislación prevé que las personas inscritas en la Cámara de Comercio del domicilio social como representantes de una compañía, lo mismo que sus revisores fiscales, conservarán dicho carácter para todos los efectos legales, hasta cuando se cancele tal inscripción a través del registro de un nuevo nombramiento o elección (art. 163 C. de Co.), con lo cual se busca que los referidos terceros, tengan certeza sobre quiénes son las personas que ostentan las calidades antedichas.

Tratándose concretamente de la prueba de la representación legal de una sociedad mercantil, advierte el artículo 117 inciso 2o. ibídem, que para ello es suficiente la certificación de la Cámara de Comercio respectiva, con señalamiento de los nombres de los representantes, de sus facultades y limitaciones contractualmente estipuladas.

Ahora bien, la ley no ha impuesto obligación alguna a los suplentes de entrar a demostrar a los terceros antes de actuar en un momento determinado, la pertinencia o legalidad de su futuro acto, con fundamento en la falta accidental o definitiva del principal, pues se parte del principio de buena fé que puede traducirse nítidamente así: la suplencia, como su nombre lo indica, se ejerce para suplir o reemplazar al titular o principal en el cargo, pero no, claro está, para suplantarlo.

Lo últimamente expuesto, desde luego, alude a la no necesidad de acreditar ante terceros por parte del suplente la falta del principal. Cuestión absolutamente distinta, que conviene anotar, es que surjan conflictos entre el principal y el suplente, con motivo de una actuación indebida de éste, en términos tales que el principal entable demanda ante la autoridad competente por el mencionado hecho inadmisible, pues entonces sí entrará a operar el aspecto probatorio. Bien puede indicarse que en el terreno de las pruebas judiciales, el onus probandi o carga de la prueba incumbe a quien demanda y que el demandado, al explicar su conducta, ha de probar ante el juez las afirmaciones que constituyen su defensa. (Oficio DAL-15738, Julio 29, de 1986)

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

6. LA REPRESENTACION LEGAL EN LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

Nuestra legislación mercantil consagra en su artículo 196, que la representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad.

En el caso concreto de las sociedades de Responsabilidad Limitada, las reglas para esta materia se hallan establecidas en el artículo 358 del Código de Comercio que señala los delineamientos generales según los cuales los asociados pueden pactar los mecanismos reguladores del ejercicio de la representación y administración del ente societario no siendo posible estipular modalidades o formas que no se ajusten a tales parámetros.

De acuerdo con el artículo 358 citado, en dichas sociedades la representación legal y la administración de los bienes sociales puede ser ejercida o bien por todos y cada uno de los socios o bien por un gerente. Si se acoge la primera forma, las normas a aplicar para regular el asunto anotado son las que rigen para las sociedades colectivas, sin perjuicio de que en los estatutos sociales se pueda estipular alguna regulación diferente.

Bajo esta modalidad a cada socio le asiste vocación de delegar en un extraño o en un consocio la representación legal y administración que a ellos les corresponde (artículo 310 del Estatuto Mercantil) pudiendo reasumirlas en cualquier momento previo el lleno de las formalidades exigidas para estos fines (artículo 313 ídem). Ahora bien, dicha delegación puede hacerse en los Estatutos Sociales o mediante acto posterior; si es lo primero, entonces el cambio de delegado o la reasunción por parte del socio o socios de la administración y representación legal de la sociedad, conllevaría una reforma estatutaria; si es la segunda, dicho cambio o reasunción, no implica reforma a los estatutos pero se deberá otorgar con las formalidades propias de ésta, según los términos del artículo 313 citado.

En cuanto a la segunda forma, ésto, es, cuando los asociados renuncian a dicha representación y administración que en principio les otorga la ley, delegándolas en cabeza de un gerente quien actúa ya no en nombre de cada uno de los socios sino del ente colectivo, las normas aplicables son las señaladas en el Libro II, Título I, Capítulo VII ibídem, para las sociedades en general, en donde el cambio de gerente no constituye una reforma estatutaria, ya que según lo

preceptuado por el artículo 163 del Estatuto Mercantil, la designación o revocación de los administradores o de los revisores fiscales no se considerará como reforma sino como desarrollo o ejecución del contrato, y solamente está sujeta a simple registro en la Cámara de Comercio.

(Oficio SL- 04424 Abril 7 de 1988)

7. LOS REPRESENTANTES LEGALES DE SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA EN CUYO CAPITAL PARTICIPE EL ESTADO CON UN 90% O MAS, REQUIEREN INSCRIPCION EN EL REGISTRO MERCANTIL.

Conforme con lo previsto en el artículo 461 del Código de Comercio, "Son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado". Estas compañías, según el inciso segundo de la norma invocada, están sujetas a las reglas de derecho privado así como a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario.

Por su parte el artículo 464 ibídem establece, en armonía con el artículo 3o. del Decreto 3130 de 1968, que en las sociedades de economía mixta en las cuales el Estado sea poseedor del 90% o más del capital social están sometidas a las normas propias de las empresas industriales o comerciales del Estado.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la asimilación de las sociedades de economía mixta que presentan la circunstancia que se acaba de exponer, a las empresas industriales o comerciales del Estado, no significa que pierdan su naturaleza de sociedades comerciales, o lo que es igual, que sean o se conviertan en empresas de las últimamente nombradas.

Con lo anterior se quiere significar que si bien es cierto que a tales sociedades se les aplican las disposiciones de las empresas en cuestión también lo es que en cuanto no las contradigan, tendrán operancia respecto de ellas las normas pertinentes consagradas en el Código de Comercio para regular las sociedades mercantiles, o sea la legislación privada.

A este propósito vale la pena destacar el comentario del profesor Libardo Rodríguez R. en su obra "Derecho Administrativo General y Colombiano "en donde se lee: "Finalmente, en cuanto al régimen jurídico aplicable, debe tenerse muy en cuenta que los artículos 3o. del Decretos 3130 de 1968 y 3o. del Decreto 130 de 1976, establecen que las sociedades de economía mixta en las que el

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

estado o sus entidades descentralizadas tengan aportes iguales o superiores al 90% del capital social, se sujetan al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado. Debe notarse que no se trata de aplicar por regla general el derecho público ya que a las empresas también se les aplica por regla general el derecho privado. Lo que sucede es que, como ya lo hemos visto en relación con las materias contractual y laboral, las empresas presentan mayor número de excepciones en las que se aplica el derecho público".

Las apreciaciones precedentes permiten conceptuar que la designación de representantes legales de sociedades de economía mixta en cuyo capital participa el Estado con un noventa por ciento o más, debe inscribirse en el registro mercantil para los efectos de caso, de acuerdo con lo que ordena el artículo 441 del Código de Comercio y demás preceptos concordantes.

(Oficio DAL-03222, Febrero 13 de 1992).

8. REPRESENTACION LEGAL DE UNA SOCIEDAD ANONIMA PUEDE SER EJERCIDA POR UNA PERSONA JURIDICA.

El artículo 98, inciso 2o. del Código de Comercio, consagra que una vez constituida legalmente una sociedad, se conforma una persona jurídica diferente de los socios individualmente considerados, es decir que se da una total separación entre los asociados y la compañía como tal.

Ahora bien, no obstante ser la persona jurídica capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, está impedida para actuar por si misma, por lo que necesita del concurso de una o más personas para que realicen la función atinente a su representación en la esfera externa y al cumplimiento de las decisiones adoptadas por los respectivos órganos sociales, con el fin de lograr el desarrollo del contrato social: nace aquí la llamada figura de la representación legal.

En el caso de una sociedad del tipo de las anónimas, tenemos que el artículo 440 del estatuto mercantil, establece que la compañía tendrá por lo menos un representante legal con uno o más suplentes designados por la junta directiva para períodos determinados, pudiendo delegarse este nombramiento en la asamblea general de accionistas (artículo 187,196 y 198 ibídem).

Del análisis de las normas legales citadas, se desprende que la representación legal bien puede recaer tanto en una persona natural como en una

persona jurídica, pues no existe en la legislación mercantil norma alguna que prohíba lo anterior, ni tampoco que exija que dicha función la deba cumplir una determinada calidad de persona.

Por su parte, en cuanto a la responsabilidad, es preciso tener en cuenta que cuando los administradores faltan a los deberes de su encargo, violan las estipulaciones estatutarias o incurren en negligencia en el cumplimiento de sus funciones, responden en los términos del artículo 200 del Estatuto Mercantil. Por consiguiente, cuando la representación legal corresponda a una persona jurídica, su responsabilidad patrimonial estará limitada conforme al tipo societario bajo el cual se halla constituida dicha persona. No así en el ámbito penal, ya que las consecuencias que de una determinada gestión se puedan derivar, necesariamente han de recaer en la persona natural que efectivamente desempeñe la mencionada representación.

Ahora bien, cabe agregar que para nombrar una persona jurídica como representante legal de una sociedad, debe establecerse previamente si de acuerdo con las actividades que conforman su objeto, se da la posibilidad de poder desempeñar dicho encargo, ya que según el artículo 99 ídem, la capacidad de la sociedad se circunscribe al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto social, en el que se entienden incluidos los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad.

Tenemos entonces, que si en la cláusula del objeto social, no se pacta expresamente la posibilidad de que la persona jurídica pueda actuar como mandatario, lógicamente dicha sociedad debe abstenerse de realizar actos de tal naturaleza por carecer de capacidad jurídica para el efecto.

(Oficio 220-25081, Septiembre 9 de 1992)

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

VIII - RESERVA LEGAL

1. REGIMEN DE LA RESERVA LEGAL

La reserva legal, como se desprende de su nombre, tiene su génesis en la misma ley, y su finalidad es la de proteger el patrimonio social en general y por esto ha sido destinada para enjugar las pérdidas de los ejercicios siguientes a aquellos en los cuales se haya apropiado, si las reservas constituidas específicamente con tal fin no son suficientes.

Conforme a las normas vigentes sobre "reserva legal" se debe destinar por lo menos el 10% de las utilidades líquidas de cada ejercicio hasta llegar como mínimo al 50% del capital suscrito. Este porcentaje de los beneficios debe ser llevado a la reserva legal obligatoriamente antes de toda distribución. Alcanzado el monto mínimo señalado, los asociados pueden continuar llevando a la reserva legal cualquier suma de las ganancias sociales, con el ánimo de darle mayor garantía a los terceros que contraten con la sociedad, no obstante que nadie los obliga a hacerlo; pero si deciden dejar alguna cantidad adicional con este fin, deben estar conscientes de que aquellas sumas que excedan el 50%, van a estar cobijadas por los mismos principios y consecuencias que el legislador ha estatuido para dicha reserva, puesto que hacen parte de la misma.

Si bien es cierto, que del contenido del artículo 452 del Código de Comercio se infiere que es potestativo de los asociados incrementar la reserva legal una ve que ésta alcanza el 50% del capital suscrito de la sociedad, en ninguna parte indica tal norma que las sumas allí llevadas en exceso se pueden detractar de dicha reserva para darles destinación diferente.

Los asociados al adoptar de acuerdo a lo señalado en el artículo en comento la decisión de apropiar cantidades adicionales para incrementar la reserva legal sobre el tope mínimo, están voluntariamente renunciando a una parte de su interés patrimonial primordialmente en beneficio de la sociedad y de terceros. Por consiguiente no es posible que los socios en un acto posterior pretendan modificar su determinación, ya que toda manifestación de voluntad tendiente a crear, modificar o extinguir obligaciones produce efectos en su oportunidad por encontrarse tutelada dentro del orden jurídico, siempre y cuando persiga un interés equitativo, serio y legítimo como es el caso de la reserva legal y no se mueva con el ánimo de lesionar intereses ajenos o se utilice para alcanzar fines extraños a los previstos en la misma norma.

Tan cierto es lo anterior, que ni siquiera a las reservas ocasionales que ordena la asamblea se les puede cambiar su destinación o distribuirlas, dentro del ejercicio en el cual fueron apropiadas.

Ahora bien, si se considera que las normas que regulan la reserva legal tienen carácter imperativo, necesariamente se concluye que son de orden público y por ende no pueden ser desconocidas en la carta social ni por el máximo órgano de la compañía.

De otra parte, la tutela a que se alude, tiene fundamento en el precepto constitucional consagrado en el artículo 16 de la Carta, el cual expresa que las autoridades de la República están instituidas "para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares", y claro está que es un deber social de los particulares, ejercer sus derechos conforme al orden jurídico vigente, sin causar perjuicios y sin abusar o excederse en tal ejercicio.

Es indudable, como quedó expresado, que toda manifestación de la voluntad debe estar limitada por los principios generales que orientan y tutelan las normas positivas; por esta razón, al interpretar el artículo 452 ya citado, así como el 456 de la misma obra, debe tenerse en cuenta la institución a la cual pertenecen, los intereses económicos y jurídicos que entran en juego y las consecuencias que tal aplicación genera en la vida de las sociedades; por tanto, no se puede so pretexto de permitir el ejercicio de la libertad contractual de los asociados, desatender los principios anotados, porque ello sería abrir el camino de la arbitrariedad en los actos o contratos, y convertirlos en instrumento del abuso de los derechos o del exceso en el ejercicio de los mismos.

No es dable entonces pensar que la reserva legal, en razón de su naturaleza, sea susceptible de capitalizarse, ni que sea posible cambiar su destinación, así sea sobre las cantidades que voluntariamente los asociados hayan decidido apropiar por encima del mínimo legal, ya que si ciertamente el origen de las mismas es voluntario, no lo es menos que al formar parte de aquella, quedan cubiertas por la inamovilidad que la ley ha implantado para esta clase de reserva.

Finalmente, se considera prudente recordar que la reserva legal es una sola, y no se ve cómo se puede cambiar esa unidad, aduciendo para el efecto el origen voluntario o estatutario de su constitución, ya que las sumas que se destinen para su incremento están sujetas a las reglas que rigen esta reserva sin tener en cuenta su procedencia.
(Memorando OA-057 Septiembre 19 de 1979).

Superintendencia de Sociedades

2. SOLO PUEDE UTILIZARSE PARA ENJUGAR PERDIDAS EN EL EVENTO DE QUE NO EXISTAN O SEAN INSUFICIENTES LAS RESERVAS QUE HAYAN SIDO CONSTITUIDAS CON TAL PROPOSITO.

La reserva legal, como su mismo nombre lo indica, tiene su origen en la ley de la cual deriva, no solo su fuerza obligatoria sino su finalidad, pues de acuerdo con lo establecido en el artículo 436 del Código de Comercio en concordancia con el artículo 452 ibídem, dicha reserva solo puede utilizarse para enjugar las pérdidas que se presenten en los diferentes ejercicios sociales, y eso únicamente en el evento de que no existan o sean insuficientes las reservas estatutarias y ocasionales que hayan sido constituidas con tal propósito.

Al respecto, el Profesor Gabino Pinzón ha sostenido que, "es una reserva que, por carecer de una destinación concreta, representa utilidades de las cuales no se puede disponer sino al tiempo de la liquidación, es decir, cuando hayan cumplido la finalidad o función indicada, por eso es por lo que las sumas acumuladas a este título a lo sumo pueden aplicarse a absorber o enjugar pérdidas, ya que esta aplicación corresponde exactamente a su propia función de protección y de rebustecimiento del fondo social".

En este orden de ideas es dable afirmar que cuando una sociedad ha registrado pérdidas en ejercicios anteriores debe aplicar la totalidad de sus utilidades al enjugamiento de las mismas, pues sería poco más que inconveniente el separar una parte de dichos beneficios para la constitución de una reserva que tienda a la protección del patrimonio social, ya que dentro de ese contexto es primordial el sufragar cualquier déficit de capital antes de hacer nuevas apropiaciones.

Ahora bien, dado el caso de que una vez se hayan absorbido la totalidad de las pérdidas exista un remanente de utilidades, el 10% del mismo se destinará para reserva legal conforme lo establecen las normas societarias actualmente vigentes.

(Oficio AN-13626, Junio 20 de 1991).

IX - REUNIONES DE LA ASAMBLEA Y JUNTA DE SOCIOS

1 REUNION POR DERECHO PROPIO. NO PODRA CELEBRARSE EN LOS CASOS EN QUE NO EXISTAN OFICINAS DE ADMINISTRACION EN EL DOMICILIO PRINCIPAL DE LA COMPAÑIA

1. El ordinal 3o. del artículo 110 del Código de Comercio, establece la necesidad de expresar en la escritura pública de constitución de una sociedad mercantil, el domicilio de la misma así como el de las sucursales que se determinen en el momento de constituir la compañía.

2. Una vez otorgada la escritura pública de constitución, de conformidad con lo previsto en el citado artículo, el contrato de sociedad adquiere autenticidad. Posteriormente, dicho instrumento notarial debe inscribirse en el registro mercantil con el fin de dar publicidad a las estipulaciones contractuales. De tal suerte, pues, que a partir del mencionado registro, las cláusulas del contrato son oponibles a terceros (artículo 1123 ibídem).

3. El domicilio de la sociedad es el sitio donde la persona jurídica debe hacer frente a sus obligaciones, tanto en relación con los socios, como ante terceros. Dicho lugar es escogido libremente por los asociados en el momento de celebrar el contrato de sociedad y puede ser notificado por el máximo órgano social en cualquier momento, a través del procedimiento previsto para las reformas estatutarias.

4. Como quiera que la ley Colombiana permite la llamada pluralidad de domicilios, resulta lícito que, aparte del principal o estatutario a que se ha aludido en el punto anterior, la compañía establezca domicilios secundarios, también conocidos como sucursales.

5. La mencionada pluralidad de domicilios puede dar lugar a situaciones excepcionales tales como la hipótesis planteada por el profesor JOSE IGNACIO NARVAEZ, en la que el domicilio estatutario no coincide "con el lugar donde está el asiento de los órganos de dirección y administración de la sociedad. Ejemplo: "Avianca S.A., tiene su domicilio en Barranquilla, a pesar de que sus órganos de administración representación legal y fiscalización funcionan en Bogotá. No obstante, las reuniones se celebran en la primera ciudad" (TEORIA GENERAL DE LAS SOCIEDADES, Ed. Jurídicas Wilches, 4a. Edición, Bogotá, 1987, pág. 40).

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

6. *Ahora bien, las reuniones por derecho propio están reguladas en el inciso 2o. del artículo 422 del Estatuto Mercantil, a cuyo tenor "si no fuere convocada la asamblea se reunirá por derecho propio el primer día hábil del mes de abril, a las 10:00 a.m. en las oficinas del domicilio principal donde funcione la administración de la sociedad".*

7. *Es evidente que la ley, a través de la norma transcrita, ha querido salvaguardar el derecho de los socios de reunirse por lo menos una vez al año, cuando las personas encargadas de convocarlos, no lo han hecho en la oportunidad o en la forma prescrita para el efecto en las disposiciones legales y estatutarias.*

8. *También se infiere de la norma en comento, la voluntad del legislador en el sentido de brindar a los asociados absoluta certeza acerca de las circunstancias de tiempo y lugar relacionadas con la celebración de la reunión del máximo órgano social.*

Dicha certeza constituye una garantía para los asociados, pues en caso de no haber sido convocados a la reunión ordinaria del organismo rector, sabrán exactamente el día, la hora y el lugar donde se realizará la reunión de la asamblea o junta de socios. Sobre esta última circunstancia existe plena determinación, puesto que la norma no solamente se refiere a una entidad territorial (distrito, municipio, corregimiento, etc,), sino a una dirección específica, que corresponde a las oficinas del domicilio principal de la sociedad.

9. *La absoluta claridad de la disposición legal "sub examine", no permite que las circunstancias espacio-temporales previstas en la norma, sean alteradas mediante la interpretación del precepto contenido en ella. Así pues, la reunión por derecho propio celebrada en fecha, hora o lugar diferentes a lo previsto en la norma, traería como efecto que las decisiones adoptadas en la correspondiente sesión no se ajustarían a derecho.*

10. *Lo anterior, conduce ineludiblemente a la conclusión de que el precepto analizado se hace nugatorio en los casos en que no existen oficinas de administración en el domicilio principal de la compañía, de tal manera que en estos eventos no es posible celebrar reuniones por derecho propio.*

De lo contrario, podrían presentarse situaciones equívocas de muy compleja solución, como en el caso de que existieran oficinas en varias ciudades, pero ninguna en el domicilio principal de la compañía. En esta hipótesis, si fueran

procedentes las reuniones por derecho propio, los socios estarían facultados para reunirse el primer día hábil del mes de abril, en cualquiera de las ciudades, de tal forma que podrían presentarse simultáneamente tantas asambleas o juntas, cuantas oficinas tuviera la compañía.

Esta absurda situación, en caso de suceder, podría dar lugar a múltiples e intrincados conflictos entre los asociados y en relación con terceros.

Por lo demás no sobra corroborar que la procedencia de las reuniones por derecho propio, está condicionada, igualmente, a que no haya habido convocatoria debidamente formulada por los encargados de realizarla.

(Oficio AN-14257, Julio 21 de 1989).

2. *REUNIONES POR DERECHO PROPIO CUANDO NO ES POSIBLE TENER ACCESO A LAS OFICINAS DE LA ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD*

"Qué ocurre con los derechos de aquellos socios que concurren oportunamente a la reunión por derecho propio dentro de las prescripciones de fecha, hora y lugar y encuentran cerradas las dependencias administrativas de la sociedad como abierto obstáculo de sus directivas para atender el normal desarrollo de la citada reunión?".

A fin de dilucidar la inquietud formulada considera pertinente el Despacho analizar el artículo 422 del estatuto mercantil, que regula las reuniones ordinarias y las de derecho propio, el cual reza:

"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 10:00 a.m., en las oficinas del domicilio principal donde funcione la administración de la sociedad".

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

La disposición invocada, se traduce en el querer del legislador de salvaguardar el derecho de los asociados de constituirse en asamblea con el fin de estudiar la situación de la sociedad y adoptar las medidas que legal y estatutariamente le competen.

Dada la finalidad comentada la norma tiene un claro carácter imperativo, por lo cual su mandato no puede ser desconocido, ni cambiados al arbitrio de los particulares los supuestos que determinan la realización de la reunión por derecho propio, cuando en su oportunidad no se ha convocado a reunión ordinaria o, cuando habiéndose convocado, dicha convocatoria no ha llenado todos los requisitos legales o estatutarios; al igual que no pueden ser variadas, las condiciones bajo las cuales se debe llevar a cabo la misma.

Los parámetros enunciados en forma taxativa por el legislador, conducen a dar certeza a los asociados sobre las circunstancias de tiempo y lugar, lo que permite que se tenga seguridad en cuanto a las condiciones a que está sujeta la celebración de la reunión del máximo órgano social.

Resumiendo, podemos precisar, que tal sesión necesariamente debe tener lugar a las diez de la mañana del primer día hábil del mes de abril, en las oficinas del domicilio principal donde funcione la administración de la sociedad, fecha que podrá variar si cae en día sábado, pues éste sólo tendrá el carácter de hábil respecto de la sociedad, si las oficinas de la administración laboran normalmente durante el mismo.

En cuanto al tópico del domicilio de la sociedad podemos decir para hacer claridad, que este es el lugar donde la sociedad atiende todas sus obligaciones, en relación con los asociados y con los terceros que de una u otra forma se interrelacionan con el ente societario. Dicho lugar, es escogido con plena libertad por las personas que intervienen en la constitución de la sociedad y en el transcurso de la vida societaria puede ser modificado por el máximo órgano social mediante una reforma estatutaria que cumpla con todos los requisitos exigidos para ella.

En este punto es necesario tener en cuenta que en el ***caso de las sociedades que no tengan oficinas de administración en la sede de su domicilio principal, no es posible realizar reuniones por derecho propio,*** *pues en ese evento no se configuraría uno de los presupuestos exigidos por la ley, cual es la coincidencia entre el lugar donde funcionan las oficinas de administración y el domicilio social.*

Bajo los anteriores parámetros, pasaremos ahora si, a estudiar la situación que se daría cuando no habiendo sido convocados oportunamente a reunión ordinaria, los asociados en ejercicio del derecho que les otorga la ley, se presentan el primer día hábil del mes de abril a las 10 de la mañana a las oficinas del domicilio principal donde funciona la administración, con el propósito de llevar a cabo la reunión por derecho propio, y no logran tener acceso al lugar indicado, presentándose así un aparente impedimento para ejecutar su legítimo derecho.

En la opinión de este Despacho sería absurdo pretender que esa circunstancia impida la realización de la reunión referida, toda vez que tanto los presupuestos que la determinan como las condiciones a que está sujeta se cumplirían, pues en ese supuesto es claro que los socios se han hecho presentes con el objeto de reunirse, en el lugar que corresponde, esto es, en las oficinas de la administración, no obstante que físicamente no puedan ubicarse dentro de las mismas.

Por tanto como la ley no reguló de manera expresa la hipótesis materia de análisis, esta Superintendencia estima viable que ***cuando se hagan presentes dos o más asociados en el domicilio principal donde funcione la administración, con el fin de reunirse por derecho propio y no logren por cualquier razón el ingreso a las oficinas, pueden celebrar la reunión en el lugar de acceso a las mismas, siempre que permanezcan en él hasta que culmine la sesión,*** *de manera que todos los asociados interesados en asistir, así como los administradores que lo deseen ,tengan igualmente la posibilidad de hacerse presentes en dicho sitio, dejando en el acta respectiva constancia de los hechos a que se ha hecho mención.*

Conviene aclarar que la alternativa planteada constituye una respuesta adecuada, tendiente a evitar que so pretexto del vacío legal se desconozca la finalidad de la institución de las reuniones por derecho propio, pues no debe perderse de vista que las leyes o normas jurídicas se dictan no solamente para que sean conocidas y entendidas correctamente por los individuos, sino, y es su principal finalidad, para que sean aplicadas a los casos concretos. Toda norma jurídica es creada con el propósito de ser aplicada, adaptada a un caso particular, pues si ese no fuera su destino, perdería la razón de ser de su existencia, carecería de causa final y sería solamente un postulado teórico, un texto frio y sin vida, que haría inoperante su posible contenido de justicia.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Como último, se hace indispensable destacar que en las reuniones por derecho propio, se puede deliberar con cualquier número plural de asociados sin importar la cantidad de acciones, cuotas sociales o partes de interés representadas y que las decisiones podrán tomarse con el voto favorable de por lo menos la mitad más una de las mismas, a no ser que se trate de decisiones para las cuales la ley o los estatutos exijan una mayoría especial, caso en el cual deberán tomarse con dicha mayoría.

(Oficio 220-34409, Julio 14 de 1995)

3. SI NO OBSTANTE HABER SIDO CONVOCADO DEBIDAMENTE EL MAXIMO ORGANO SOCIAL A REUNION ORDINARIA, ESTE SESIONA SO PRETEXTO DE UNA REUNION POR DERECHO PROPIO, PARA QUE SUS DECISIONES TENGAN EFICACIA JURIDICA DEBE ESTAR REPRESENTADO EL 100% DEL CAPITAL SOCIAL.

Sea lo primero señalar que de no haberse establecido en los estatutos la forma de convocar al máximo órgano social, ésta no puede ser otra que la dispuesta en el artículo 424 del Código de Comercio, esto es, mediante aviso que se publicará en un diario de circulación en el domicilio social.

Ahora bien, de haberse convocado para la fecha establecida en los estatutos para las reuniones ordinarias, (artículo 422 del Código de Comercio), utilizando para ello el medio dispuesto en el artículo 424 citado, con la antelación necesaria y no sea posible llevar a cabo la reunión por falta de quórum, no solo podrá el gerente, sino que deberá en cumplimiento de la ley mercantil, citar a una nueva reunión conforme al artículo 429 ibídem, en concordancia con el artículo 186 ejusdem, respetando para ello los parámetros temporales allí fijados para su realización, esto es, no antes de los 10 días hábiles ni después de los treinta días también hábiles contados desde la fecha fijada para la primera reunión.

Por su parte es cierto que en el libro de actas debe dejarse constancia de todo lo ocurrido en las reuniones del máximo órgano social, pues así lo ordena el artículo 431 del Código de Comercio, norma aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada por remisión expresa de la misma ley (artículo 372 del Código de Comercio), pero el hecho de no haberse plasmado en dicho libro la circunstancia de la no celebración de la reunión por falta de quórum, no le resta

existencia a tal hecho, por consiguiente, so pretexto de la referida omisión, no sería dable la realización de una reunión por derecho propio.

En efecto, según se infiere del artículo 422 nombrado, tal reunión sólo tiene cabida en el evento de no haberse convocado la junta de socios a reunión ordinaria, de manera que el presupuesto legal de esta clase de reunión lo constituye únicamente la ausencia de convocatoria y por lo tanto, de existir ésta y de haber sido efectuada en debida forma, tal hecho le impide a los asociados reunirse por derecho propio en los términos y bajo las condiciones establecidas en el artículo 422 invocado.

Entonces, si no obstante haber sido convocado debidamente el máximo órgano social a reunión ordinaria, este sesiona so pretexto de una reunión por derecho propio, para que sus decisiones tengan eficacia jurídica, es requisito sine qua non, la debida representación de la totalidad de las cuotas que conforman el capital social, y el quórum deliberativo y decisorio no serían otros, que los establecidos en los estatutos pues no habría lugar a las condiciones especiales previstas en la ley para la reunión por derecho propio (inciso 2o., artículo 429 de la obra tantas veces citada).

Sea de señalar que la reunión por derecho propio obedece es a una convocatoria legal que se concreta cuando no se convoca a una reunión ordinaria que estatutaria o en su defecto, legalmente debía realizarse dentro de los tres primeros meses del año, y su celebración solo puede ser el primer día hábil del mes de abril, a las 10:00 a.m., en las oficinas de la administración ubicadas en el domicilio principal, y dada la circunstancia de referirse también a esta clase de reunión el precepto legal contenido en el artículo 429 citado, la misma tiene operancia en la sociedad de responsabilidad limitada en razón de lo dispuesto, no en el artículo 372 ibídem, sino en el artículo 186 del nombrado estatuto mercantil y en virtud del cual, "las reuniones de socios se celebrarán de conformidad con las reglas dadas en los artículos 427 y 429", principio éste que por estar ubicado en la parte general del libro segundo del mencionado estatuto, es predicable respecto de todos los tipos societarios.

Finalmente, es de anotar que al tenor del artículo 191 del estatuto mercantil, los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes pueden impugnar las decisiones de la asamblea o junta de socios, cuando éstas no se ajusten a la ley o a los estatutos, acción que sólo puede ser intentada ante el juez correspondiente, dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la reunión, o al de la inscripción en el registro mercantil, cuando en

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

aquélla se hubieren tomado decisiones que conlleven actos o acuerdos sujetos a registro.

Sin embargo, no hay que desconocer, que las decisiones adoptadas en una reunión de junta de socios celebrada como de "derecho propio" sin darse los presupuestos legales previstos para esta clase de reunión, serían ineficaces conforme al artículo 190 del estatuto mercantil, si, como ya se expresó, en dicha oportunidad no estaba debidamente representada la totalidad de las cuotas que conforman el capital social, ineficacia que conforme al artículo 897 implica que tales decisiones no produzcan efectos, sin necesidad de declaración judicial alguna.

(Oficio SL-1039, Enero 22 de 1991).

4. REUNIONES DE SEGUNDA CONVOCATORIA. LAS REFORMAS ESTATUTARIAS PUEDEN ADOPTARSE CON EL 70% DE LAS ACCIONES REPRESENTADAS, A MENOS QUE EN LOS ESTATUTOS SE EXIJA QUE SEA SOBRE ACCIONES SUSCRITAS.

Por disposición del artículo 186 del Código de Comercio, norma de carácter general. "Las reuniones se realizarán en el lugar del domicilio social, con sujeción a lo prescrito en las leyes y en los estatutos en cuanto a convocación y quórum. 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 las reglas dadas en los artículos 427 y 429".

Como el tema que nos ocupa se refiere únicamente a las reuniones de 2a. convocación, reguladas en el articulo 429, a ellas nos referiremos en este oficio.

La reunión de 2a. convocación tiene su razón de ser en posibilitar el funcionamiento del máximo órgano social cuando el mismo no pueda operar por deficiencia de quórum; bajo esta orientación el artículo 429 del estatuto de comercio prescribe:

"Si se convoca a la asamblea y ésta no se lleva a cabo por falta de quórum, se citará a una nueva reunión que sesionará y decidirá válidamente con un número plural de personas cualquiera que sea la cantidad de acciones que esté representada...".

Para mayor entendimiento de la cuestión en estudio es necesario previamente precisar algunos términos y conceptos, así:

1. El "quórum", término referido a la mayoría necesaria para que el máximo órgano social pueda deliberar, se configura con la coexistencia de dos factores, a saber: 1. La presencia de un número plural de accionistas y 2. Que el número de acciones de que ellos sean titulares representen, por lo menos, la mayoría absoluta de las acciones suscritas, mayoría ésta que puede ser diferente por previsión estatutaria (artículo 427 del Código de Comercio).

Este quórum, exigido para las reuniones de primera convocatoria, varía cuando de reuniones de 2a. convocación se trata; en éstas, si bien se conserva la pluralidad de accionistas, no se precisa que ellos representen un determinado número de acciones; de hecho, al preverse que esa reunión "sesionará y decidirá con un numero plural de personas cualquiera que sea la cantidad de acciones que esté representada...", el número de acciones representadas puede ser mínimo o irrisorio frente al total de las suscritas.

Es más, para la constitución del quórum en estas reuniones, lo único importante es la pluralidad de accionistas, pues esta pluralidad implica, de suyo, una pluralidad de acciones.

Visto lo anterior, puede afirmarse que cuando se trate de reuniones de 2a. convocación, el quórum cede frente al exigido para las reuniones de la 1a. convocación, para dar paso a uno que se constituye con un número de acciones inferior al ordinario (1/2 + 1 de acciones suscritas o el fijado en el estatuto) en aras de permitir el funcionamiento del órgano social.

2. Establecido entonces que la asamblea puede sesionar válidamente con cualquier número de acciones que representen los accionistas asistentes a la reunión, debemos entrar a considerar qué decisiones podrán adoptarse.

Es sabido que para la adopción de decisiones por el máximo órgano social, en algunos casos basta con la mayoría absoluta de las acciones representadas en la reunión, la que viene a ser la Mayoría Ordinaria, y es la requerida para la generalidad de decisiones y, en otros, es menor número, se precisan Mayorías Especiales, mayorías éstas que por disposición del artículo 186 del Código de Comercio, siempre habrán de respetarse, trátese ya de reuniones de 1a. o de 2a. convocación, o por derecho propio o de carácter universal, ordinarias o extraordinarias.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

3. *También es sabido que las mayorías para la adopción de decisiones por la asamblea, pueden determinarse ya sobre las acciones representadas o ya sobre las suscritas; estos dos son los únicos criterios; aún cuando se trate de unanimidad, se está haciendo alusión a uno de ellos, al segundo.*

Pues bien, cuando estatutaria o legalmente una decisión deba acogerse con un determinado número de "acciones representadas", bastará con establecer el total de las acciones presentes, para aplicar a ese total la mayoría exigida ya en los estatutos, ora en la ley, sea esta mayoría ordinaria o especial.

O sea, se sigue el mismo mecanismo que sirve en las reuniones de 1a. convocación, solo que en tanto que en éstas, para poderse deliberar se requerirá la presencia de accionistas que representen, salvo disposición estatutaria diferente, la mayoría absoluta de las acciones suscritas y sobre ese total de acciones representadas se establece la mayoría exigida, en las reuniones de 2a. convocación, en las que se puede deliberar con cualquier número de acciones representadas (ya se ha dicho que es necesaria la pluralidad de accionistas) la mayoría exigida para una determinada decisión se tendrá que establecer sobre ese número de acciones representadas. Y ese número de acciones representadas será la base para aplicar la mayoría exigida, independientemente que esta sea la 1/2 + 1 de las acciones representadas, o sea la mayoría ordinaria, como por ejemplo lo es para aprobar balances, o "el setenta por ciento de las acciones representadas en la reunión", como se requiere para la aprobación de reformas estatutarias en sociedades anónimas (artículo 421).

Quiere decir lo anterior que para aprobar reformas estatutarias no se precisa remitirse a una supuesta reunión de 1a. convocación, para, tomando el quórum con que en ella se podría sesionar, aplicar sobre él el 70% y así determinar el número de acciones que se necesita para aprobar reformas en reuniones de 2a. convocación.

Y es que no debe perderse de vista algo que resulta de la mayor importancia considerar. Ello es que una y otra reuniones, la de 1a. y la de 2a. convocación, son independientes entre sí; lo único que las relaciona es el hecho de que la reunión de 2a. convocación no puede darse sin que hubiere resultado fallida la reunión convocada en primera instancia.

4. *Conviene formular ahora algunos comentarios en torno al segundo de los criterios antes aludidos. Como ya se dijo, las decisiones en el seno del máximo*

órgano social pueden adoptarse, según se prevea en los estatutos o en la ley, sobre el total de acciones suscritas.

En esos casos, la base para determinar la mayoría especial será el número total de acciones suscritas. Así, el total de votos en favor de una decisión tendrá que confrontarse con el número total de acciones suscritas para, frente a éste, determinar si alcanza o no la mayoría exigida. Pero como estas mayorías establecidas sobre el criterio de las acciones suscritas, resultan ser más exigentes que las establecidas sobre el criterio de las acciones representadas, y habida cuenta que lo habitual es que en las reuniones de 2a. convocación sea reducido el número de acciones que se halle presentes, es poco probable que en una reunión de 2a. convocación se adopten este tipo de decisiones.

Sin embargo, nada obsta para que en ella se decida, por ejemplo, que la sociedad adquiera sus propias acciones, si dicha decisión se adopta por accionistas que representen el 70% de las acciones suscritas (artículo 396).

En este orden de ideas si se ha estipulado en los estatutos que la mayoría especial para aprobar reformas se determina sobre acciones representadas, esta mayoría se computará sobre la base del quórum exigido para deliberar válidamente en reuniones de 2a. convocación, sin sujeción al mínimo necesario para que la reunión fallida (la de 1a. convocación) se hubiere podido celebrar. Y si se ha pactado sobre las acciones suscritas, será de todas maneras esa mayoría la que adopte la reforma, pues, vuelve y se repite, aunque el artículo 429 prevé una regla general para estas reuniones, SIEMPRE las mayorías especiales quedan exceptuadas por mandato del artículo 186.

(Oficio D-25171 Octubre 26 de 1990)

5. VIABILIDAD DE REUNIONES DE SEGUNDA CONVOCATORIA EN LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

En el capítulo concerniente a las sociedades de responsabilidad limitada, es evidente que el legislador nada dispuso sobre el procedimiento que debe seguirse cuando a pesar de haber sido convocados los socios para que se constituyan en reunión del máximo órgano social, no se configure el quórum deliberativo, por lo cual es obligatorio acudir al artículo 429 del Código de Comercio, según las voces del artículo 186, ibídem.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Ahora bien, para mayor claridad es oportuno hacer algunas consideraciones tendientes a determinar el alcance de ciertas expresiones comúnmente usadas en el lenguaje jurídico (concretamente en el derecho societario), tales como normas generales, normas especiales, mayoría ordinaria, mayoría especial.

En este orden de ideas tenemos los siguientes conceptos:

1. Normas generales: Aquéllas que por su naturaleza o por disposición del Código de Comercio son aplicables a todo tipo de sociedades mercantiles.

2. Normas especiales: aquéllas que son propias de cada tipo de compañía mercantil. Algunas de ellas deben ser usadas eventualmente en sociedades de tipo distinto a aquel al cual pertenecen, por mandato del Código mencionado.

3. Quórum (deliberativo): Mínimo de asociados o de porciones de capital que se requieren para que el cuerpo colegiado abra la sesión.

4. Mayoría ordinaria: Número de votos necesarios para que la asamblea o la junta adopte decisiones ordinarias (de rutina).

5. Mayoría extraordinaria: número de votos que es necesario emitir por parte de los asociados reunidos en asamblea o en junta de socios, para aprobar determinaciones de carácter extraordinario (de mayor trascendencia que las ordinarias).

Los conceptos precedentes son necesarios para entender que el artículo 359 del Código de Comercio es de carácter especial, pues regula lo relacionado con la mayoría decisoria ordinaria en las sociedades de responsabilidad limitada al ordenar que "artículo 359.- En la junta de socios cada uno tendrá tantos votos cuantas cuotas posea en la compañía. Las decisiones de la junta de socios se tomarán por un número plural de socios que represente la mayoría absoluta de las cuotas en que se halle dividido el capital de la compañía. En los estatutos podrá estipularse que en lugar de la absoluta se requerirá una mayoría decisoria superior".

Con el propósito de evitar confusiones cabe advertir que la circunstancia de que la norma transcrita pertenezca a la categoría de las especiales, no es óbice para que se emplee con acierto el nombrado artículo 429 de dicha obra, ya que

los conceptos de norma especial y mayoría ordinaria no se contraponen sino que se refieren a cosas esencialmente distintas según ha quedado dicho.

Es erróneo en consecuencia, pensar que la mayoría a que alude el precitado artículo 359 tiene carácter extraordinario por ser de clase especial la norma que la consagra. En otros términos, una cosa es la especialidad del precepto y otra la calidad ordinaria de la mayoría que el mismo consagra.

(Memorando (OA- Noviembre 29 de 1978).

6. *SI EN EL CURSO DE LA REUNION DESAPARECE LA PLURALIDAD DE PERSONAS, REPRESENTANTES DE UN DETERMINADO NUMERO DE ACCIONES SUSCRITAS, EL ORGANO RECTOR PIERDE EL EJERCICIO EFICAZ DE SU POTESTAD DELIBERATIVA Y DECISORIA.*

El artículo 427 del Código de Comercio establece que la asamblea general de accionistas deliberará con un número plural de personas que represente cuando menos la mayoría absoluta de las acciones suscritas, salvo que en los estatutos se pacte, un quórum diferente. De la norma legal invocada se infiere claramente que son dos los presupuestos que deben darse para que el órgano rector pueda deliberar y entrar a tomar decisiones a saber:

1. Pluralidad de personas.

2. Representación por tales personas de un determinado número de acciones suscritas.

Por lo tanto la falta de uno cualquiera de tales requisitos origina la imposibilidad para que la asamblea pueda tomar decisiones ya que al no conformarse debidamente el quórum deliberativo, las decisiones que en tales circunstancias llegaren a tomarse serían ineficaces a la luz de los artículos 190 y 433 del Código citado, esto es que no producirán efecto jurídico alguno sin necesidad de declaración judicial, según los términos del artículo 897 ibídem.

Ahora bien, obsérvese que dichos presupuestos son para que la asamblea pueda deliberar y decidir lo que significa que durante todo el término de las deliberaciones y toma de decisiones deben mantenerse aquellos, de tal manera que si avanzada la reunión desaparece uno de tales presupuestos, a partir de ese

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

momento el órgano rector pierde el ejercicio eficaz de su potestad deliberativa y decisoria.

Tratándose de junta directiva, ya no opera la conjunción de los presupuestos referidos, pues al tenor del artículo 437 del Estatuto Mercantil, dicho órgano deliberará válidamente con la presencia de la mayoría de sus miembros, a no ser que en los estatutos se estipulare un quórum superior y al no actuar estos en razón o atendiendo la titularidad o representación de un determinado número de acciones, tal factor no puede obrar como condición para la debida conformación del anotado órgano de administración.

De suerte que la junta directiva no podría continuar deliberando válidamente en el evento de que en el transcurso de la sesión se retirase un número de miembros suficientes para disminuir el número mínimo de ellos que de acuerdo con la norma legal citada o los estatutos, deban estar presentes.

(Oficio AN-28029, Octubre 31 de 1991).

X - REVISORES FISCALES

1. ASPECTOS ATINENTES A LA LEY 43 DE 1990, IMPORTANCIA DEL CARGO, FUNCIONES, OBLIGATORIEDAD, EFECTOS Y SANCIONES QUE PUEDEN APLICARSE.

Cabe resaltar la importancia que tiene la revisoría fiscal, ya que está estructurada con el ánimo de dar seguridad a los propietarios de las empresas sobre el sometimiento de los administradores a las normas legales y estatutarias, así como acerca de la seguridad y conservación de los activos sociales, además, de la conducta que ha de observarse en procura de la fidelidad de los estados financieros.

Las funciones del revisor fiscal debidamente ejercidas, por lo demás, protegen a los terceros que encuentran en el patrimonio del ente moral la prenda general de sus créditos, de manera tal, que debe dar confianza sobre el manejo de los recursos del ahorro privado, de la inversión y en general, del manejo justo y equitativo del ente productivo.

La función primordial de la revisoría fiscal radica en velar por el cumplimiento de las leyes y acuerdos entre particulares (estatutos sociales y

decisiones de los órganos de administración) y dar fe pública, lo cual significa entre otros, que su atestación o firma hará presumir legalmente, salvo prueba en contrario, que el acto respectivo se ajusta a los requisitos legales y estatutarios.

Tratándose de balances, se presumirá además que los saldos han sido tomados fielmente de los libros, que éstos se ajustan a las normas legales, y que las cifras registradas en ellos reflejan en forma fidedigna la correspondiente situación financiera en la fecha del balance.

Es precisamente en este entorno normativo y conceptual en el que el Estado advierte la importancia de la revisoría, y por ello ha dado mayor cobertura al disponer en el parágrafo segundo, numeral 2 del artículo 13 de la Ley 43 de 1990, que: "Será obligatorio tener revisor fiscal en todas las sociedades comerciales, de cualquier naturaleza, cuyos activos brutos al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior sean o excedan el equivalente a cinco mil salarios mínimos y/o cuyos ingresos brutos durante el año inmediatamente anterior sean o excedan el equivalente a tres mil salarios mínimos".

Así las cosas, es claro que las sociedades que se encuentren dentro de los parámetros que señala la norma anterior,, deben acatar lo allí dispuesto, dado que se trata de una norma de carácter imperativo y por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, so pena de hacerse acreedoras a las sanciones pertinentes, a las compañías que se encuentran bajo la inspección y vigilancia de esta Superintendencia, en virtud de las causales previstas en el Decreto 1258 de junio 30 de 1993.

De otra parte, hay que tener en cuenta que el Estatuto Tributario determina que la declaración de renta deberá ser firmada por el revisor fiscal o contador público y acorde con lo previsto en la Ley 43 de 1990 (artículo 13, numeral 2, parágrafo 2o.), se colige que quien tiene la obligación de tener revisor fiscal y presenta sus declaraciones tributarias sin su firma, simplemente se considerarán dichas declaraciones no presentadas, corriendo con todas las consecuencias, respecto de sanciones de extemporaneidad. De manera que los contadores públicos que no tengan la calidad de revisor fiscal en las sociedades comerciales (que estén en la obligación de tener esa figura) deberán abstenerse de firmar declaraciones tributarias, so pena de considerarse por no presentadas.

En relación al contenido del artículo 203 del Código de Comercio, es claro que la Ley 43 en comento, no lo modificó sino que amplió su cobertura, toda vez que además de lo allí previsto, se incluyó la obligación de tener revisor

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

fiscal en sociedades comerciales de cualquier naturaleza, de acuerdo con el monto de los activos brutos o ingresos brutos del año inmediatamente anterior siempre que sean iguales o excedan de cinco mil o tres mil salarios mínimos, respectivamente.

Finalmente, con base en la nueva disposición, todas aquellas sociedades a las que la ley les impone la obligación de tener revisor fiscal, tendrán las mismas obligaciones que establece el Código de Comercio, tales como las señaladas en los artículos 207, numeral 3, 290, 392, 393, 432 y demás normas concordantes de acuerdo con el tipo de sociedad en la cual se ejerza dicho cargo.

(Oficio OR-25977, Octubre 1 de 1991).

2. *DIFERENCIAS ENTRE EL REVISOR FISCAL Y EL AUDITOR INTERNO AL SER DOS INSTITUCIONES TOTALMENTE DIFERENTES, ELLAS PUEDEN COEXISTIR SIMULTANEAMENTE EN LAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA.*

No se puede perder de vista que la función primordial de la revisoría fiscal radica en velar por el cumplimiento de las leyes y los acuerdos entre los particulares (estatutos sociales y decisiones de los órganos de administración) y dar fe pública, lo cual significa, entre otros, que su atestación o firma hará presumir legalmente, salvo prueba en contrario que el acto respectivo se ajusta a los requisitos legales y estatutarios.

Tratándose de balances, se presumirá además, que los saldos han sido tomados fielmente de los libros, que éstos se ajustan a las normas legales, y que las cifras registradas en ellos reflejan en forma fidedigna la correspondiente situación financiera en la fecha de corte del balance. Es de anotar, que las funciones del revisor fiscal se encuentran relacionadas en el artículo 207 del Estatuto Mercantil, y las disposiciones pertinentes de la Ley 43 de 1990.

En cuanto al tema del control interno se tiene por tal, de conformidad con el artículo 1o. de la Ley 87 del 29 de noviembre de 1993, como el sistema integrado por el esquema de organización y el conjunto de los planes, métodos, principios, normas, procedimientos y mecanismos de verificación y evaluación adoptados por una entidad, con el fin de procurar que todas las actividades, operaciones y actuaciones, así como la administración de la información y los recursos, se realicen de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes

dentro de las políticas trazadas por la dirección y en atención a las metas u objetivos previstos.

Respecto a los requisitos para ser auditor interno, de acuerdo con la nombrada ley 87 de 1993, se exige acreditar formación profesional o tecnológica en áreas relacionadas con las actividades objeto del control interno.

Este auditor interno es un funcionario de libre nombramiento y remoción, designado por el representante legal o máximo directivo del organismo respectivo.

Teniendo expuesto en términos generales las características y funciones de ambas instituciones podemos concluir:

1. Las funciones del revisor fiscal de que trata el Código de Comercio son muy diferentes de las que ejercen los auditores internos. (Ley 87 de 1993).

2. El revisor fiscal en el régimen societario contemplado en el Estatuto Comercial, depende exclusivamente del órgano que lo elige, llámese Asamblea General de Accionistas o Junta de Socios; rinde cuentas a la sociedad en las reuniones respectivas y cumple funciones expresamente determinadas en este ordenamiento. Además, el órgano rector puede determinar funciones y procedimientos a seguir por el cumplimiento de las mismas, eso si, siempre y cuando estén acordes con su especialidad.

3. El auditor interno depende del representante legal o máximo directivo del organismo; sus funciones son determinadas en la ley 87 y las demás que le asigne el jefe del organismo o entidad, de acuerdo con el carácter de sus funciones.

4. El revisor fiscal no coadministra y por el contrario tiene una total y absoluta independencia con la administración de la sociedad.

5. El auditor interno coadministra ya que puede servir de apoyo a los directivos en la toma de decisiones.

Con las anteriores conclusiones, podemos determinar, sin lugar a equívocos, que la revisoría fiscal y el control interno tienen orígenes, funciones y características diferentes y, por ende, pueden y deben coexistir independientemente la una de la otra; o sea, no son opuestas y en caso de sociedades que estén obligadas a tener revisor fiscal de acuerdo con el Código de

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Comercio o la ley 43 de 1990, deben llevar a cabo su nombramiento sin interesar que la ley 87 de 1993 también los obligue a tener un auditor de control interno.

(Oficio 220-28933 Noviembre 30 de 1994).

3. *FUNCIONES*

El revisor fiscal de una sociedad puede tener ayudantes o colaboradores bajo la continuada dependencia del mismo.

La institución de la Revisoría Fiscal, como sistema privado de control de la totalidad de las operaciones sociales, especialmente en lo atinente a las actuaciones de los administradores de las sociedades, rige en Colombia sobre todo en el tipo de las anónimas a partir de las Leyes 58 de 1931 y 73 de 1935.

Durante su vigencia, tal institución ha sido ejercida en forma singular o unipersonal, es decir por un solo empleado denominado Revisor Fiscal y no por una junta, comisión o cuerpo colegiado de revisores, contralores, síndicos o comisarios de cuentas como se denominan en otros países.

Con todo, la complejidad de las operaciones que realizan ciertas sociedades anónimas de relativa importancia, implica el que sea físicamente imposible que una sola persona natural cumpla a cabalidad su función fiscalizadora, por lo cual la práctica comercial y la doctrina permitieron lo que ahora consagra la ley, o sea que tales funcionarios fueran ayudados en sus labores por otras personas bajo su inmediata dependencia.

El Código de Comercio actualmente en vigencia, al acoger la doctrina y la práctica comercial referida dispuso en su artículo 210 que "cuando las circunstancias lo exijan, a juicio de la asamblea o de la junta de socios, el revisor podrá tener auxiliares u otros colaboradores nombrados y removidos libremente por él, que obrarán bajo su dirección y responsabilidad, con la remuneración que fije la asamblea o junta de socios, sin perjuicio de que los revisores tengan colaboradores o auxiliares contratados y remunerados libremente por ellos. El Revisor Fiscal solamente estará bajo la dependencia de la asamblea o de la junta de socios".

De esta norma se desprende claramente que el revisor fiscal de una sociedad puede tener dos clases de ayudantes o colaboradores, que se diferencian

entre sí exclusivamente por la remuneración que vayan a recibir, la cual puede tener su origen o en la sociedad que revisa o en el propio revisor fiscal. Pero ambas categorías de auxiliares deben obrar bajo la continuada dependencia del propio funcionario, a quien la ley asigna en forma expresa e indelegable la función de nombrarlos y removerlos libremente.

De tal forma pues, el revisor fiscal que lo estime conveniente, puede proponer a la asamblea de accionistas o a la junta de socios de la compañía respectiva la creación de uno o más cargos de auxiliares para la revisoría, en cuyo caso el órgano social citado creará los que considere conveniente y fijará la remuneración que corresponda a cada cargo creado, terminando en esta forma su actuación al respecto. Corresponde entonces al Revisor Fiscal designar y remover libremente el personal que va a ocupar tales cargos, pues su desempeño debe hacerse bajo la inmediata vigilancia, responsabilidad y dependencia del revisor que los nombra.

Otra interpretación diferente a la expuesta quebrantaría en forma irreparable la institución de la Revisoría Fiscal, que solamente puede ejercerse en forma unipersonal en nuestro país.

En caso de que la actuación de uno o de varios de los empleados subalternos de la revisoría no satisfaga a los administradores, quedan éstos en libertad de acudir ante el Revisor para obtener la vacancia y en último término llevar el caso ante la asamblea, en cuyo seno se debatirán los argumentos de uno y otros, que en caso de un triunfo por parte de los administradores conllevaría la crisis total de la Revisoría Fiscal.

Si ello no fuera así, bien podrían los administradores bloquear - por el camino del continuo despido de los funcionarios de la revisoría - las actividades de control del Revisor Fiscal, que éste debe realizar para la buena marcha de los negocios sociales.

(Oficio OA-09388 Julio 11 de 1972).

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

4. *LAS REVISORIAS DE SUCURSALES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS NO DEBEN COMPUTARSE PARA LOS EFECTOS DEL ARTICULO 215 DEL CODIGO DE COMERCIO.*

En primer lugar, vale la pena destacar el hecho de que las sucursales de las compañías extranjeras incorporadas al país son simplemente establecimientos de comercio sujetos a la ley colombiana para los efectos de dicha incorporación y el posterior desarrollo de actividades permanentes dentro del territorio nacional (art. 469 y ss. del C. de Co.). Por ello, no es acertado suponer que cuando una sociedad extranjera por acciones adopta la determinación de emprender negocios de carácter permanente en Colombia, la sucursal, que es secuela de esa decisión, debe ser considerada como compañía por acciones, ni que el revisor fiscal que ha de tener por mandato del artículo 203 -ord. 2o. del Código Mercantil, lo sea de la sociedad extranjera, como mal lo da a entender el artículo 489 de dicho Código, al decir: "Los revisores fiscales de las sociedades domiciliadas en el exterior se sujetarán en lo pertinente, a las disposiciones de este Código sobre los revisores fiscales de las sociedades domiciliadas en el país, "(se subraya). En absoluto. El Revisor Fiscal, en estos eventos, lo es de la sucursal, como inequívocamente lo indica el referido artículo 203 y es esta la interpretación que debe darse al artículo 489 de la obra en cuestión, cuya lectura aislada y desprevenida puede conducir al error que se ha dejado expuesto.

Antes de cualquier otra consideración, debe tenerse en cuenta que el artículo 215 del estatuto mercantil se refiere a revisores fiscales de sociedades por acciones cuyo domicilio principal se encuentra en Colombia mas no a las sucursales de las sociedades extranjeras. No se olvide al efecto que nuestro Código de Comercio, así como la doctrina nacional, conocen como sociedades por acciones a las anónimas y en comandita por acciones. Esta precisión, aparentemente innecesaria, no sobra en el fondo, pues impide que se llegue a la conclusión equivocada de que a los revisores fiscales de las compañías por acciones incorporadas al país, debe aplicárseles dicho precepto.

En segundo término, ha de confrontarse el citado inciso primero del artículo 215 del C. de Co. con el artículo 489 ibídem, el cual prevé:

"Los revisores fiscales de las sociedades domiciliadas en el exterior se sujetarán, en lo pertinente, a las disposiciones de este Código sobre los revisores fiscales de las sociedades domiciliadas en el país".

La hermenéutica de esta norma y la labor de confrontación antedicha, son ciertamente indispensables para establecer si con apoyo en la misma, puede afirmarse que el ejercicio de la revisoría fiscal en sucursales de sociedades extranjeras incorporadas al país cuenta para el cómputo de las cinco sociedades por acciones a que alude el artículo 215.

El punto que debe determinarse entonces, es si el legislador equiparó las sucursales de compañías extranjeras a sociedades por acciones, pues de ello depende la solución que debe adoptarse en torno al problema debatido.

Así las cosas, no debe perderse de vista que el artículo 489 se encuentra dentro de las normas que contiene el Título VIII del Libro Segundo de nuestra legislación mercantil, que trata de las sociedades extranjeras.

Es esta una norma de carácter especial que para el tratamiento que debe darse a los revisores fiscales de las sucursales de sociedades extranjeras, remite en lo pertinente a las disposiciones del mismo Código.

Ahora bien, ha de preguntarse, si la remisión precitada alude a la totalidad de los preceptos que regulan la institución de la revisoría fiscal en tratándose de sociedades domiciliadas en el país o si algunas de ellas quedan excluidas. Tal parece que lo segundo es lo que ocurre, pues cuál otro significado tendría la expresión "en lo pertinente" que aparece en el nombrado artículo al señalar que los revisores fiscales de las sociedades domiciliadas en el exterior estarán sujetas a las disposiciones aplicables a quienes ejercen el cargo del revisor fiscal en las sociedades que tienen su domicilio en el territorio nacional?

Este criterio, cuya evidencia no admite discusión alguna, permite afirmar que el artículo 489 del C. de Co. dice con relación a las normas del mismo estatuto que pueden ser aplicables a los revisores fiscales de toda sociedad comercial y dentro de aquéllas, a las que son compatibles con la naturaleza y estructura de la sucursal (por ejemplo, no puede aplicarse el art. 209 del C. de Co.), mas no a quienes lo sean en una especie determinada de compañía, como es el caso del artículo 215 -inciso 1o. del Código Mercantil en donde inequívocamente se expresa que ninguna persona podrá ejercer el cargo de revisor fiscal en más de cinco sociedades por acciones.

Por otro extremo no aparece en parte alguna que el legislador colombiano haya asimilado las sucursales de compañías extranjeras a las sociedades por acciones para los efectos que ocupan nuestra atención y por ello debe concluirse

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

que tales sucursales no deben ser tenidas en cuenta al sumar las sociedades por acciones en las cuales una persona ejerza el cargo de revisor fiscal con el ánimo de que no se exceda el límite máximo que fija el artículo 215 -inciso primero - del C. de Co.

Pero tal vez, el argumento más contundente que debe esgrimirse en lo que atañe al concepto emitido es aquél que se basa en el principio según el cual las normas prohibitivas no se extienden a los casos no señalados clara y expresamente en ellas, so pretexto de su conveniencia.

Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

"En la interpretación de las leyes prohibitivas no deben buscarse analogías o razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos claramente en la prohibición" (subrayáse).(Cas., 14 diciembre 1898, 92).

"El principio de hermenéutica jurídica que estatuye que las disposiciones de carácter excepcional, en materias que no sean penales, debe interpretarse restrictivamente por causa de su previsión y exactitud, lo mismo se impone para el efecto de no extender una excepción más allá de los límites indicados en ella, que para el efecto de no reducirla hasta el punto de sustraer de su imperio cosas que en ella deben quedar naturalmente comprendidas. Si la excepción hubiera de extenderse, degeneraría su naturaleza para convertirse en regla, y si hubiera de reducirse, el dominio sustraído en ella quedaría en condición de excepción. En ambos extremos se incurriría en un error manifiesto" (Acuerdo, 29 de septiembre 1971, XXVI; 154).

(Oficio OA-04817, Marzo 10 de 1980).

5. LA REVISORIA FISCAL EN ASOCIACIONES SIN ANIMO DE LUCRO Y ASPECTOS ATINENTES A SUS COLABORADORES.

La revisoría fiscal en Colombia es una institución legal propia no solamente de las sociedades comerciales, sino también de personas jurídicas cuyo ánimo asociativo se orienta al fomento del bienestar de los afiliados y a la satisfacción de necesidades básicas dentro de un orden económico favorable frente a las opciones ofrecidas por el comercio en general.

Encontramos dentro de este sector a las cooperativas reguladas por la Ley 79 de 1988, en cuyo artículo 41 se incorporó la figura del Revisor Fiscal, quien, según el artículo 43 ídem, cumplirá las funciones señaladas en los estatutos y reglamentos de la cooperativa, teniendo en cuenta las atribuciones asignadas a los contadores públicos en las normas que regulan el ejercicio de la profesión, así como en aquellas que exigen de manera especial la intervención, certificación o firma de dicho profesional. Igual consideración es aplicable a los fondos de empleados reglados por el Decreto 1481 de 1989, donde el artículo 41 exige un revisor fiscal con funciones determinadas en los estatutos, pero acordes con las normas establecidas para el ejercicio de la profesión de contador público.

(Oficio SV-12892, Junio 13 de 1991).

6. PROHIBICION LEGAL DE EJERCER DICHO CARGO EN MAS DE CINCO SOCIEDADES POR ACCIONES.

Sin duda, la prohibición del artículo 215 del Código de Comercio hace referencia al ejercicio de revisorías fiscales en más de cinco sociedades por acciones, sea que quienes las desempeñen lo hagan indistintamente en calidad de revisores principales o de suplentes, puesto que para la aplicación de la norma citada lo que debe tenerse en cuenta es el ejercicio efectivo del cargo, no la simple posibilidad de ejercerlo.

Por consiguiente, para entrar a desempeñar efectivamente una revisoría fiscal en carácter de suplente, así sea en forma provisional, cuando además ella se ejerza en calidad de principal en otras cinco sociedades por acciones, es indispensable que se renuncie a una de éstas.

Una interpretación distinta a la anterior haría inocua la prohibición establecida por el legislador.

(Oficio OA-01699, Febrero 8 de 1972).

7. RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL

Conforme con el artículo 489 del Código de Comercio, los revisores fiscales de las sociedades domiciliadas en el exterior se sujetarán, en lo pertinente,

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

a las disposiciones de dicho estatuto relativas a los revisores fiscales de las sociedades domiciliadas en el país.

De otro lado, el artículo 211 de la obra mercantil citada advierte que "El revisor fiscal responderá de los perjuicios que ocasione a la sociedad, a sus asociados o a terceros por negligencia o dolo en el cumplimiento de sus funciones".

Así las cosas, resulta claro que la responsabilidad civil de los revisores fiscales ha sido establecida, en abstracto, por la ley en favor de la compañía, sus socios y terceros, cuando el órgano de fiscalización privada a que se alude les ocasione perjuicios que son secuela de los presupuestos señalados en la disposición precedente y de manera expresa, e independiente de la ejecución de un delito, en los eventos de que tratan las siguientes disposiciones del Código mencionado.

Art. 157: Al ordenar, tolerar, hacer o encubrir falsedades cometidas en los balances.

Art. 222: Cuando pese al estado de disolución de la sociedad no se opone a la iniciación de nuevas operaciones en desarrollo de su objeto o a la ejecución de cualesquiera otras que no se orienten a la liquidación de aquélla, excepto las autorizadas expresamente por la ley.

art. 293: Al suministrar datos discordantes con la realidad contable a las autoridades o expedir certificados o constancias que presenten la deficiencia anotada.

En cuanto a la responsabilidad penal del revisor fiscal ha de decirse que es originada por cualquiera de las conductas que a continuación se indican:

1.) Por violar el secreto profesional a que está obligado en lo tocante a los libros documentos y comprobantes de la sociedad (art. 62 C.Co.).

2.) Por ordenar, tolerar, hacer o encubrir falsedades en los balances (art. 157 C. Co.).

3.) Por autorizar, a sabiendas, balances con inexactitudes graves o presentar a la asamblea o a la junta de socios informes con dichas inexactitudes (art. 212 C.Co.).

4.) Por suministrar datos que no sean el fiel reflejo de la realidad contable a las autoridades o expedir certificados o constancias en tales condiciones (art. 293 C.Co.). Cabe recordar que en estos casos si existiere falsedad en documento privado con perjuicio de los socios o de terceros, o si las afirmaciones falsas tuvieren como finalidad servir de prueba, se agrava la responsabilidad (art. 293 -inciso 2o. y 3o. C. Co.).

5.) Por presentar como accionistas o administradores de la sociedad a quienes no poseen esas calidades con el ánimo de provocar la suscripción de acciones o por publicar a sabiendas inexactitudes graves en los anexos a los respectivos reglamentos de suscripción. (art. 395 C.Co.).

6.) Por no denunciar ante juez competente la comisión de cualquier delito que llegue a conocer con motivo del ejercicio de sus funciones.

Se repite que las normas invocadas, se aplican en lo pertinente a los revisores fiscales de las sucursales de las sociedades domiciliadas en el exterior, obviamente cuando en un momento determinado pueda predicarse de ellos que son responsables civil o penalmente según el caso.

La responsabilidad civil es para SAVATIER "la obligación que puede incumbir a una persona de reparar el daño que ha causado a otra por su hecho o por el hecho de las personas o de las cosas dependientes de ella" (citado por MONTOYA, Mario - La Responsabilidad Extracontractual -Ed. Temis, Bogotá 1977 pág. 14).

En concepto de ESCRICHE, es "la obligación de reparar y satisfacer por si o por otro, cualquier pérdida o daño que se hubiere causado a un tercero" (ESCRICHE, Joaquín- Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia- Librería de la Vda. de Ch. Bouret, nueva edición, 1931, p. 1.440).

En este orden de ideas, importa destacar que la responsabilidad civil surge si se reúnen los elementos que la determinan a saber: El hecho, el daño y el nexo de causalidad. Por consiguiente, la falta de uno de tales presupuestos es óbice para su advenimiento. Para mayor inteligencia de estos asuntos, es oportuno examinarlos brevemente así:

1o. <u>El hecho:</u> Resulta de la acción u omisión físicamente libre, pero no legalmente, que ocasiona daño a otro y que es imputable al sujeto obligado; vale

Superintendencia de Sociedades

decir a quien actúa en un cierto momento, pese a que le está prohibido, o se abstiene de obrar cuando tiene la obligación de hacerlo.

Luis M. Rezzonico (nombrado por Montoya Mario -op. cit. pág. 41) afirma: "Son acciones y omisiones voluntarias prohibidas por las leyes, decretos o reglamentos dictados por las autoridades competentes, que causen daño a otro, imputable al autor".

Nuestro Código Civil exige el requisito que se comenta (entiéndase aquí culpa) en los artículos 1.604, 2.341 y 2.356 para los fines de estructuración de la responsabilidad civil. Tal "culpa" no es otra cosa que la no previsión de lo que hubiese podido preverse y evitarse. Los Hermanos Mazeaud señalan que "La culpa es un error tal de conducta, que no se habría cometido por una persona cuidadosa, situada en las mismas circunstancias "externas" que el demandado" (MAZEAUD, Henry, León y Jean. Lecciones de Derecho civil -La Responsabilidad Civil, Los cuasicontratos- Buenos Aires, Jurídicas Europa América, 1980 - pág. 123).

En lo atinente al dolo debe afirmarse que conforme con el Código Civil es "...la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro".

2o. <u>El Daño:</u> Los Hermanos Mazeaud opinan que no es necesario definir este elemento "...por que el sentido jurídico del término no es otro que su sentido corriente". No obstante, entre nosotros el jurista doctor Fernando Hinestrosa lo define así: "Daño es la lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja". (nombrado por Montoya Mario -op cit. pág. 101).

3o. <u>Relación de Causalidad</u>: Este pilar de la responsabilidad se encuentra consagrado en el Código Civil (art. 2341) en donde se lee: "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, ...". Por otro extremo, el artículo 2356 de la misma obra, enuncia que "Por regla general todo daño que puede imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta..."

En términos elementales debe decirse que la relación de causalidad consiste en el vínculo necesario entre un acto culpable y voluntario y el daño que con él se ocasiona, por lo cual su autor está llamado a indemnizar.

Es aquí en donde resulta oportuno indicar que conforme con los comentarios precedentes la responsabilidad civil del revisor fiscal de la referida sucursal de la sociedad extranjera, aparecerá en la medida en que cada caso concreto relacionado con el cumplimiento de sus funciones permita determinar la existencia de los tres elementos antedichos (culpa, daño y nexo de causalidad), o lo que es igual, siempre que con motivo de su acto u omisión, ocasione un daño a la compañía, sus socios o a terceros, daño éste cuya indemnización ha de ser pagada por el autor, previa sentencia judicial.

Enumeremos ahora las eximentes de responsabilidad civil, cuya presencia impide que se forme el precitado vínculo o nexo de causalidad, necesario para que aquélla pueda deducirse.

Baste pues indicar las causales respectivas, a fin de invocar la pertinente o pertinentes en su oportunidad. Tales eximentes son:

1. *Elemento extraño (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de la victima, hecho de un tercero)*
2. *Legítima defensa*
3. *Estado de necesidad*
4. *Urgencia*
5. *Mandato legal*
6. *Orden de un superior.*

Debe quedar suficientemente claro que la exención de responsabilidad está condicionada a que se demuestre ante el juez del conocimiento la existencia de por lo menos uno de los eximentes anotados, frente a cada uno de los cargos que en su contra el demandante formule con el fin de obtener sentencia condenatoria y por ende indemnización de perjuicios.

Enfocado el problema desde el ángulo penal, han de hacerse las consideraciones siguientes:

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

La responsabilidad, desde este punto de vista, surge como consecuencia de una infracción a la ley penal. Así lo consagra el artículo 11 del C.P. en donde se advierte:

"Todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en este Código".

"Se infringe la ley penal por acción u omisión".

Por su parte el artículo 13 del nombrado ordenamiento jurídico prevé:

"En las contravenciones la simple acción u omisión hace responsable al agente".

Es importante, pues, que no exista duda alguna respecto a que este tipo de responsabilidad implica que el sujeto activo del delito o de la contravención haya realizado una conducta sancionada por la ley penal o se haya obtenido de obrar a pesar de estar obligado a hacerlo según dicha ley (tipicidad). Se requiere además, que el proceder delictuoso típico, lesione o ponga en peligro injustamente el interés jurídico protegido por la ley (antijuricidad) y que, finalmente, se realice con culpabilidad. De ahí que los tratadistas de la materia enseñen que para que el autor de una cierta conducta pueda ser sancionado penalmente, aquélla debe ser típica, antijurídica y culpable.

El Código Penal establece las eximentes de responsabilidad así:

Art. 23. "No hay lugar a responsabilidad cuando el hecho se comete:

1. Por insuperable coacción ajena o en estado de sujeción hipnótica o patológica, siempre que el sugestionado no haya consentido previamente en cometerlo.

2. Con plena buena fe determinada por ignorancia invencible, o por error esencial de hecho o de derecho, no provenientes de negligencia.

3. Por ignorancia de que el hecho esté prohibido en la ley penal, siempre que aquélla dependa de fuerza mayor. Tal ignorancia no puede alegarse sino tratándose de contravenciones".

Art. 25."El hecho se justifica cuando se comete:

1. Por disposición de la ley u orden obligatoria de autoridad competente.

2. Por necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor o sus bienes y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

Se presume...

3. Por la necesidad de salvarse a sí mismo o de salvar a otro de un peligro grave e inminente contra la persona, no evitable de otra manera, que no se haya causado por obra propia y que no deba afrontarse por obligación profesional".

Los conceptos e indicaciones hasta aquí expuestos, dan lugar a que se señalen algunas conclusiones acerca de la forma como es posible eximirse de responsabilidad civil y penal cuando circunstancias ajenas a la voluntad del revisor fiscal de la sucursal en Colombia de una sociedad extranjera le impiden cumplir a cabalidad las funciones que le son propias. Las referidas premisas son las siguientes:

a) Los revisores fiscales de las sucursales establecidas en el país de sociedades extranjeras, están sujetos en lo pertinente a las disposiciones relativas a los revisores fiscales de las compañías domiciliadas en el territorio nacional (art. 489 del C. Co.).

b) La ley establece que los revisores fiscales responderán por los perjuicios que causen a la compañía, sus asociados y terceros por negligencia o dolo en el cumplimiento de sus funciones (art. 211 C. Co.). Esta responsabilidad genérica se concreta en civil cuando ocurren los eventos a que aluden los artículos 157, 222 y 293 del Código de Comercio, independientemente de la comisión de un delito, el cual por sí solo es sancionando por la ley penal.

c) La responsabilidad penal del revisor fiscal se origina por una cualquiera de las conductas de que tratan los artículos 62, 157, 212, 293 y 395 del C. Co.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

d) Quien resulte responsable civilmente ha de indemnizar los perjuicios por él ocasionados. En el caso del revisor fiscal los daños pueden ser causados a la sociedad, a los socios y a terceros.

e) Los elementos de la responsabilidad civil son: El hecho, el daño y la relación de causalidad. Por consiguiente, la ausencia de uno cualquiera de estos presupuestos impide el nacimiento de aquélla.

f) Son eximentes de responsabilidad civil: El elemento extraño (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de la víctima, hecho de un tercero), legítima defensa, estado de necesidad, urgencia, mandato legal y orden superior.

g) La responsabilidad penal resulta como consecuencia de una infracción a la ley penal (delitos y contravenciones).

h) Para que la conducta de una persona sea delictuosa y en consecuencia pueda deducirse la responsabilidad del sujeto activo, aquélla debe ser típica, antijurídica y culpable.

i) El Código de la materia señala las eximentes de responsabilidad penal en sus artículos 23 y 24.

Es oportuno finalmente recordar que el cumplimiento de los deberes que competen al revisor fiscal, implican diligencia y buena fe por parte del mismo. De ahí que el artículo 211 del Código de Comercio advierta que aquél responderá de los perjuicios que ocasione a la sociedad, a los socios o a terceros por negligencia o dolo en el ejercicio de las funciones que le son propias.

Como se ve, la previsión legal anotada no es otra cosa que la expresión sancionatoria abstracta que cabe al revisor fiscal cuando por las causas antedichas se presentan los eventos anotados. Claro está, que por razones ajenas a la voluntad no se puede físicamente adelantar en forma normal la labor, surgirá entonces la eximente de responsabilidad respectiva, conforme se ha explicado en los párrafos anteriores.

(Oficio OA-18306, Septiembre 11 de 1980).

8. REVISOR FISCAL EN LAS SUCURSALES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS.

Según concepto contenido en el oficio 241-1221 del 21 de enero de 1993 esta Superintendencia ha considerado que el revisor fiscal en las sucursales de sociedades extranjeras no necesariamente debe ser una persona natural, sino que también lo puede ser una persona jurídica, partiendo del hecho de que al establecer el artículo 215 del Código de Comercio que cuando se designen asociaciones o firmas de contadores como revisores fiscales, estos deben nombrar un contador público para que desempeñe personalmente el cargo, lo que conlleva a que en los casos en que se designe una de tales entidades en una sucursal de sociedad extranjera, finalmente sea una persona natural la que cumpla el encargo correspondiente atendiéndose de contera lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 472 del Código de Comercio.

Igualmente, en el anotado oficio se consideró que el cambio de revisores fiscales en las aludidas sucursales no comporta una reforma del acto de incorporación en los términos del artículo 479 del mismo Código.

(Boletín jurídico No. 001 de Mayo de 1993)

9. REVISORIA FISCAL EN LAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA

Establecía el artículo 21 de la ley 20 de 1975 que en las sociedades en que el Estado poseyera menos del 50% del capital, el control fiscal sería ejercido por un revisor fiscal elegido por la Asamblea General de Accionistas de listas pasadas por el Contralor General de la República, señalándose que sus funciones debían desempeñarse en los términos del Código de Comercio, con lo cual era claro que en este tipo de sociedades una misma persona cumplía las funciones inherentes a la revisoría fiscal y las atinentes al control fiscal que correspondía a la Contraloría General de la República.

En los mismos términos, el artículo 320 del Decreto 1222 de 1986 consagró el control fiscal para el caso de las sociedades en las que el departamento o sus entidades descentralizadas fueren titulares de partes alícuotas representativas de menos del 51% del capital social.

Luego, con la expedición de la Constitución de 1991, se reorientó el alcance del control fiscal a cargo de la Contraloría General de la República al señalarse que éste será ejercido en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que señale la ley, forma que es igualmente predicable tratándose de la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos,

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

distritos y municipios conforme lo previene el artículo 272 de la nombrada Constitución.

En desarrollo de las disposiciones constitucionales reguladoras del control fiscal, se expidió la ley 42 de 1993 en donde además de reiterarse la forma posterior y selectiva de dicho control, se previó para las entidades indicadas en los artículos 21 y 22 de la mencionada ley, entre ellas las sociedades de economía mixta, que la vigilancia de la gestión fiscal se cumplirá "sin perjuicio de la revisoría fiscal que, de acuerdo con las norma legales se ejerza sobre ellas", tal como expresamente se indica en el artículo 23 ibídem.

Por tanto, como el artículo 21 nombrado al ocuparse de las sociedades de economía mixta no hace distinción alguna, debe entenderse que el control fiscal, "sin perjuicio de la revisoría fiscal" se ejerce cualquiera sea el grado de participación de aportes públicos en el capital social de la compañía, con la salvedad claro está de que dicha participación sirve como marco de referencia para determinar a su vez el grado de vigilancia de la gestión fiscal y particularmente la evaluación de la gestión empresarial respecto al manejo de los recursos públicos.

De lo hasta acá expuesto, se infiere de una parte que legislativamente quedó clara la separación absoluta entre el control fiscal y la revisoría fiscal cuando de acuerdo con la ley deba funcionar dicho órgano en la sociedad respectiva y de la otra, que ya no opera la distinción en cuanto al grado de participación de aportes públicos en el capital de la sociedad para establecer la funcionalidad de aquellos dos mecanismos de control o la forma de proveer los cargos respectivos.

En opinión de este Despacho, ello es aplicable a las sociedades de economía mixta de cualquier orden, bien sean ellas del nivel nacional, departamental o municipal pues el artículo 1 de la ley 42 citada, es claro al señalar que la misma comprende el conjunto de preceptos que regulan no sólo los principios, sistemas y procedimientos de control, sino los organismos que lo ejercen en los niveles nacional, departamental y municipal, idea que se reitera en el artículo 65 ibídem, al preverse que las contralorías departamentales, distritales y municipales realizarán la vigilancia que a ellas corresponda en su jurisdicción, de acuerdo a dichos principios, sistemas y procedimientos.

Con base en lo señalado, es dable afirmar que en las sociedades de economía mixta en las que deba funcionar la revisoría fiscal por darse alguno de

los presupuestos contenidos en el artículo 203 del Código de Comercio o el parágrafo 2o. del artículo 13 de la ley 43 de 1990, el revisor fiscal respectivo debe ser designado y ejercer sus funciones en los términos señalados en el Código citado, cualquiera sea el porcentaje de participación de aportes públicos en el capital de la compañía y sin importar el nivel nacional, departamental o municipal de la misma, lo que implica que la elección de dicho funcionario deba hacerse siempre por la asamblea general de accionistas o junta de socios, a la cual corresponde ejercer tal facultad en forma libre, exclusiva e indelegable, según se infiere de los artículos 187 numeral 4 y 204 del Estatuto Mercantil.

En todo caso, debe quedar perfectamente claro que el funcionamiento de la revisoría fiscal debe darse sin perjuicio de la vigilancia de la gestión fiscal que ejerce la Contraloría General de la República en este tipo de entidades, conforme a las normas constitucionales y legales mencionadas.

(Oficio 220-21427 Octubre 6 de 1993)

10. SUS FUNCIONES NO DEBEN EJERCERSE SIMULTANEAMENTE POR EL PRINCIPAL Y EL SUPLENTE, TODA VEZ QUE ELLO CONLLEVA A DILUIR LA RESPONSABILIDAD EN EL CONTROL DE LA GESTION SOCIAL.

En ejercicio de las funciones asignadas al revisor fiscal por el artículo 207 del Código de Comercio, suponen un análisis constante de las operaciones celebradas por los entes societarios, así como una asidua inspección sobre los bienes sociales y los libros y documentos de comercio, en orden a establecer si la contabilidad es llevada o no en forma regular. Dichas funciones requieren de una actuación permanente que garantice a los asociados, al Estado y comunidad en general, el ejercicio idóneo de la fiscalización atribuida a la revisoría fiscal. Por ello seguramente, el legislador al final del artículo 215 ibídem, previó la existencia de los suplentes quienes reemplazarán al principal en sus faltas absolutas o temporales, evitando interrupciones en la prestación de este servicio.

No exige el legislador ninguna formalidad para que el revisor fiscal suplente actúe en los eventos anunciados, pero conviene precisar que el ejercicio por parte del principal excluye la actuación simultánea del suplente, quien no obstante, podrá ser un colaborador en los términos del artículo 210 del Código ya citado, por cuanto a juicio de este organismo ello permitiría al suplente tener un conocimiento adecuado del desarrollo social y así poder ejercer en forma más idónea las funciones cuando deba reemplazar al principal.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

La actuación simultánea del cargo por parte del revisor fiscal principal y suplente, ha de entenderse cuando en un mismo período suscriben documentos con la calidad que legalmente ostentan, lo cual diluye la responsabilidad al dificultar establecer si la misma ha de recaer en el principal o en el suplente.

Se ha dicho, con razón, que la función del suplente es suplir y no suplantar al principal.

Adicionalmente, han de tenerse en cuenta las prohibiciones para ser revisor fiscal indicadas en la ley 43 de 1990, y específicamente la del artículo 51 donde se prohibe a los Contadores Públicos que hayan sido empleados de una sociedad, pasar a desempeñar como auditor externo o revisor fiscal de la misma empresa y sus subsidiarias y/o filiales, si no han transcurrido por lo menos seis (6) meses de haber cesado en sus funciones. Significa lo anterior, a manera de ejemplo, que el revisor fiscal suplente no puede desempeñar en la misma compañía ningún otro cargo, porque si así se aceptare, en el evento de entrar a reemplazar al principal, automáticamente estaría violando la norma invocada del Código de Etica, y no podría, para estarlo, abstenerse de asumir las funciones que legalmente le corresponden, porque de esa manera perdería sentido la existencia del suplente o suplentes del revisor fiscal.

(Oficio IN-15377, Julio 11 de 1991).

11. TRATANDOSE DE REVISOR FISCAL DESIGNADO EN VIRTUD DE MANDATO ESTATUTARIO O DE SIMPLE ACUERDO DE LA JUNTA DE SOCIOS, SOLO PUEDE NOMBRARSE UN REVISOR FISCAL, CON UNO O MAS SUPLENTES.

La revisoría fiscal es una institución establecida por la ley para realizar de una manera organizada, en nombre de todos los asociados, la fiscalización de la sociedad. Esta norma de fiscalización ha sido instaurada con carácter obligatorio para las siguientes sociedades:

a. Las sociedades por acciones.

b. Las sucursales de compañías extranjeras.

c. Para las sociedades en que por ley o por los estatutos la administración no corresponda a todos los socios cuando así lo disponga cualquier número de socios

excluidos de la administración que representen no menos del 20% del capital (Código de Comercio, artículo 203, numeral 3o.)

d. Todas las sociedades cuyos activos brutos a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior sean o excedan el equivalente de cinco mil salarios mínimos y/o cuyos ingresos brutos durante el año inmediatamente anterior sean o excedan al equivalente a tres mil salarios mínimos (Ley 45 de 1990, artículo 13 parágrafo 2)

Así también, la revisoría fiscal puede existir como forma de fiscalización potestativa, cuando tiene su origen estatutariamente o por acuerdo de la Junta de Socios, caso en el cual, la existencia del revisor fiscal no obedece a un mandato legal sino a la voluntad social.

De lo anterior se desprende que la revisoría fiscal en el caso de las sociedades limitadas puede provenir de dos fuentes a saber: de la ley (obligatoria) o de la voluntad de los socios (potestativa).

La modalidad obligatoria se da cuando su creación la determina un número de socios no administradores que represente por lo menos el veinte por ciento del capital social, mientras que la contractual tiene lugar cuando el cargo es creado en virtud de norma estatutaria, de acuerdo al artículo 110 ordinal 13 del Código de Comercio, ya sea por acto constitutivo o en virtud de reforma posterior o porque en una reunión determinada, el Máximo Organo Social decida nombrar un revisor para un ejercicio social determinado o para varios.

En cuanto al número de revisores fiscales que puede tener una sociedad, este Despacho considera que en el caso de aquellas compañías que por ley están obligadas a tener revisoría, sólo podrán tener un revisor fiscal principal y uno o más suplentes, pues si bien es cierto que la ley expresamente no impide la presencia de más de un revisor fiscal principal, también lo es que de las normas que regulan tal institución se infiere que no es dable pactar la existencia de más de un revisor fiscal principal. En efecto el artículo 210 del Régimen Mercantil prescribe que cuando la circunstancias así lo requieran, el revisor fiscal podrá tener auxiliares u otros colaboradores nombrados y removidos libremente por él, que obrarán bajo su dirección y responsabilidad. Igualmente, el artículo 215 del mismo ordenamiento consagra que ninguna persona podrá ejercer el cargo de revisor fiscal en más de cinco sociedades y en su inciso segundo advierte que cuando se designen asociaciones o firmas de contadores como revisores fiscales,

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

éstas deberán nombrar un contador para cada revisoría que desempeñe personalmente el cargo.

Por su parte, el parágrafo del artículo 207, parágrafo , al regular lo referente a la revisoría fiscal potestativa, hace alusión a ésta en forma singular, tanto para referirse al cargo como a las funciones por lo cual podría afirmarse también que tratándose del revisor fiscal designado en virtud del mandato estatutario o de simple acuerdo de la Junta de Socios, sólo puede nombrarse un revisor fiscal principal y uno o más suplentes.

(Oficio SL-04424, Abril 7 de 1988)

12. UNO DE LOS REQUISITOS PARA QUE UNA SOCIEDAD DE CONTADORES PUBLICOS PUEDA PRESTAR SUS SERVICIOS COMO REVISOR FISCAL ES QUE EL 80% O MAS DE SUS SOCIOS TENGA NECESARIAMENTE DICHA PROFESION

El artículo 4o. de la Ley 43 de 1990, define como sociedad de Contadores Públicos "...a la persona jurídica que contempla como objeto principal desarrollar por intermedio de sus socios y de sus dependientes o en virtud de contratos con otros contadores públicos, prestación de los servicios propios de los mismos y de las actividades relacionadas con la ciencia contable en general señaladas en esta Ley. En las Sociedades de Contadores Públicos, el 80% o más de los socios deberán tener la calidad de contadores públicos, y su representante legal será un contador público cuando todos los socios tengan tal calidad".

De acuerdo con lo dispuesto en la prenombrada disposición legal, para que una sociedad de contadores públicos pueda prestar sus servicios relacionados con la ciencia contable deberá llenar los siguientes requisitos mínimos, a saber:

1. Que contemple como actividad principal dentro de su objeto social, la prestación de servicios relacionados con la ciencia contable en general, previstos en la referida Ley, por conducto de los socios y de sus dependientes o de contratos con otros contadores públicos.

2. Que el 80% o más de los socios tengan necesariamente la condición de contadores públicos y en el evento de serlo todos, se requiere que su representante legal pertenezca al ramo igualmente.

Ahora bien, el artículo 1o. de la nombrada ley define al contador público como "...la persona natural que, mediante la inscripción que acredite su competencia profesional en los términos de la presente Ley, está facultada para dar fe pública...", y el artículo 3o. preceptúa que: "la inscripción como contador público se acreditará por medio de la tarjeta profesional que será expedida por la Junta Central de Contadores".

Sentadas las anteriores premisas, en lo referente a la composición de los socios, no se cumple con el porcentaje del 80% exigido en el artículo 4o. de la Ley 43, cuando se trate de una compañía constituida por dos personas una de ellas contador público y la otra no, toda vez que al estar conformada solo por un contador publico, se tiene que la participación de éstos es únicamente del 50%.
(Oficio OR-17675, Agosto 2 de 1991)

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

DOCTRINAS Y CONCEPTOS JURIDICOS 1995

CAPITULO VI

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

I - SOCIEDADES CIVILES Y COMERCIALES

1. DETERMINACION DE LA NATURALEZA CIVIL O COMERCIAL DE UNA SOCIEDAD.

Conforme con el artículo 23, ordinal 5o. del Código de Comercio, no es mercantil la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales, es decir, aquellas en donde existe una preponderante actividad del intelecto.

Para dar mayor consistencia a lo afirmado se considera indispensable hacer alusión a los antecedentes del ordinal en comento. Para ello, nada mejor que consultar las actas de la Comisión Redactora de nuestro ordenamiento jurídico mercantil, para observar el criterio de los juristas que la integraron, en torno al punto que nos ocupa.

La parte pertinente del acta número 16, correspondiente a la reunión de la Comisión celebrada el 15 de enero de 1969, durante la cual se estudió el artículo 25 de la proposición del doctor JOSE IGNACIO NARVAEZ sobre actos que no se tienen como mercantiles dice, para lo de nuestro interés en esta oportunidad.

"Ordinal 5o.- "La prestación de servicios propios de las profesiones liberales".

El Dr. ROBLEDO manifiesta que la excepción lo será sólo cuando el servicio es prestado en forma de empresa, pues si se trata de una sociedad, probablemente va a constituir un acto de comercio."

El ordinal fue aprobado por la Comisión y hoy aparece como ordinal 5o. del artículo 23 del Código de Comercio así:

"La prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales". En este orden de ideas, ha de darse por sentado que el criterio fundamental que se tuvo en cuenta para la aprobación del referido ordinal, consistió en que se hiciera una clara diferencia en cuanto a la forma de prestación de los servicios. Es indiscutible que las empresas que prestan servicios inherentes a las profesiones liberales constituyen la excepción al principio de no mercantibilidad consagrado en esa norma, con lo cual, por lo demás, se confirmó lo dispuesto en el artículo 20 ord. 14 del C. de Co., en donde aparecen catalogadas como comerciales las empresas destinadas a la prestación de servicios.

Superintendencia de Sociedades
DOCTRINAS

Asimilando el problema en esta forma, puede afirmarse que no es posible pensar, sin caer en equívocos, que los ordinales 14 y 5 de los artículos 20 y 23 respectivamente del C. de Co. se oponen entre sí, ni menos que entre ellos existe contradicción. Ninguna de las dos cosas ocurre. A este resultado conduce inexorablemente todo raciocinio sobre el particular, si en el proceso que esta operación intelectual supone, no se pierde de vista el sentido de excepción anotado.

Por otro extremo cabe comentar que si ciertamente, de acuerdo con los principios de la sana hermenéutica, las normas jurídicas deben apreciarse coordinadamente para no desdibujar la filosofía de las instituciones reguladas a través de aquéllas, también es incontrovertible que en el caso objeto de estudio, basta acudir al artículo 20, ordinal 14 del Código Mercantil para llegar a la conclusión de que las actividades y, por ende la sociedad por cuyo carácter civil o comercial se indaga ostentan este último, puesto que se trata de una empresa destinada al suministro de servicios.

En verdad el alcance del artículo 25 del Código de Comercio es bastante amplio al considerar como empresa toda actividad económica organizada para los fines allí indicados, que se realice a través de uno o mas establecimientos de comercio, mas ello no permite llegar a conclusiones distintas a las expuestas, ya que un resultado diferente vendría dado por una errónea interpretación de las normas legales pertinentes".

(Oficio TR-03129, marzo 5 de 1982).

2. LAS ASOCIACIONES SON FORMAS ASOCIATIVAS CARENTES DE ANIMO DE LUCRO, DISTINTAS DE LAS SOCIEDADES CIVILES Y COMERCIALES.

Característica esencial de la sociedad es la vocación a la participación en las utilidades. Esta afirmación encuentra apoyo legal en el artículo 2081 del Código Civil, en donde, entre otras, se prevé que no "...hay sociedad sin participación de beneficios", con la advertencia de que por tales no se entienden los puramente morales y los no apreciables en dinero.

Por su parte, el artículo 98 del Código de Comercio consagra como requisito esencial de la compañía el ánimo de lucro que debe estar presente en cada uno de los asociados.

Así las cosas, es preciso señalar que toda sociedad se forma para emprender una o varias actividades económicas organizadas que se enuncian clara y específicamente en la cláusula de su objeto, para especular u obtener lucro y repartir entre los asociados las utilidades líquidas de cada ejercicio social; es condición de existencia de la sociedad que todo asociado participe siempre de esas utilidades.

La finalidad de toda compañía es eminentemente económica porque su objeto consiste en la explotación de una actividad empresarial de producción, distribución o administración de bienes o de prestación de servicios, en las que se confunden el ánimo de lucro social y el propósito de los asociados de participar en las utilidades sociales.

Estas sociedades se dividen en civiles y mercantiles. El criterio que tradicionalmente ha imperado en Colombia para distinguirlas se ha basado en el artículo 2085 del Código Civil, el cual dispone: "La sociedad puede ser civil o comercial. Son sociedades comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio. Las otras son sociedades civiles".

El artículo 2079 del Código Civil define la sociedad como "un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación. La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados".

A su turno el artículo 98 del Código de Comercio dispone: "Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, 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".

En este orden de ideas, cabe anotar que lo que puede existir son formas asociativas, distintas de las sociedades, carentes de ánimo de lucro.

El doctor José Ignacio Narváez en su obra "Teoría General de las Sociedades" clasifica las formas asociativas de la siguiente manera:

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

1a. Las que tienen un propósito político por cuanto persiguen una acción dentro del ordenamiento social. Generalmente expresan sus anhelos públicamente. Casi siempre se convierten en grupos de presión.

2a. Las que persiguen el perfeccionamiento moral o cultural de sus asociados, como las asociaciones científicas, culturales, que fomentan la educación o el deporte, etc.

3a. Las gremiales o profesionales, que tienen por finalidad la defensa de intereses comunes a una actividad o profesión. En Colombia ostentan características de factores reales de poder.

Esta clasificación por demás incompleta, pone de relieve el ejercicio de un derecho individual jurídicamente protegido respecto del cual las diversas legislaciones no son uniformes. En efecto, unas consagran la libertad plena para constituir asociaciones lícitas; otras exigen determinados requisitos para obtener la autorización gubernativa; y otras, como la colombiana, requieren la aprobación de sus estatutos y el reconocimiento de su personería jurídica.

Ahora bien, en el lenguaje corriente e inclusive en algunos textos legales suele usarse indistintamente las palabras asociación y sociedad como sinónimos, y a los miembros de una y otra se les denomina socios. En rigor jurídico admiten diferencias y el régimen jurídico de cada una de ellas es distinto".

(Oficio DAL-20598 del 17 de noviembre de 1987).

II - SOCIEDADES COLECTIVAS

1. LA EXCLUSION DE SOCIOS FRENTE A LA DISMINUCION DEL CAPITAL SOCIAL.

La característica principal de las sociedades colectivas es la de que los socios tienen la obligación de responder solidaria e ilimitadamente por todas las obligaciones contraídas por la compañía durante la vida social. Esa responsabilidad obra por mandato legal aunque no se haya pactado expresamente en el contrato social y cualquier estipulación que limite esa responsabilidad se tendrá por no escrita (artículo 294 del Código de Comercio).

La razón social se formará con el nombre completo o el solo apellido de alguno o algunos de los socios, quienes tienen en forma conjunta la administración de la sociedad. Es la sociedad intuitu personae por excelencia y por esta razón los asociados tienen ciertas restricciones basadas en esta calidad (artículo 297 ídem).

Estas restricciones o exigencias para llevar a cabo ciertos actos son:

Necesidad de autorización expresa de todos los consocios para:

1. Ceder total o parcialmente el interés social.

2. Delegar en un extraño las funciones de administración o vigilancia de la compañía.

En caso de que se lleven a cabo estos dos actos sin la citada autorización, no producen efecto respecto de la sociedad ni de los demás asociados.

3. Explotar por cuenta propia o ajena directamente o por interpuesta persona, la misma clase de negocios que desarrolle la sociedad.

4. Formar parte de sociedades de cuotas o partes de interés, intervenir en su administración o en las compañías por acciones que desarrollen el mismo objeto social.

La sanción para la infracción en estos dos últimos casos es la de la exclusión de la compañía a quienes sean responsables de estas conductas, la incorporación al patrimonio social de los beneficios que le corresponden y la obligación de resarcir los daños, ocasionados al ente social, no obstante no perder el reembolso de sus aportes.

Así mismo, le está prohibido al socio retirar cualquier clase de bienes de la sociedad o utilizar la firma social en negocios ajenos a ella (artículo 298 ibídem). El infringir esta norma conlleva como sanción el que los demás socios excluyan al responsable, perdiendo en favor de la sociedad su aporte y debiendo indemnizarla si fuere el caso.

Luego de lo expuesto y frente al interrogante referente a si la exclusión de socios de una compañía colectiva, conlleva la disminución del capital social, se debe precisar que cuando el socio de un ente colectivo infringe el artículo 296

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

numerales 3 y 4, del Código de Comercio, al explotar por cuenta propia o ajena, directamente o por interpuesta persona la misma clase de negocios que efectúe la compañía o, formar parte de sociedades por cuotas o partes de interés, intervenir en su administración o en las compañías por acciones que desarrollen el mismo objeto social, y es sancionado con la exclusión del ente jurídico con derecho a la devolución de su aporte, hay lugar a una disminución del capital social, porque la suma que le corresponde al asociado en razón de la devolución del aporte debe descontarse del monto total del capital social y entregarse al socio excluido quien por obra de la sanción queda privado de su calidad de socio.

Ahora bien, cuando la exclusión proviniere como sanción por el retiro de cualquier clase de bienes de la sociedad o la utilización de la firma social en negocios ajenos a ella, no opera tal disminución del capital pues por mandato de la ley (artículo 298 ibídem), el aporte del socio excluido ingresa al haber de la sociedad, existiendo además la obligación por parte del infractor de indemnizar a la compañía si fuere el caso.

Por su parte se pregunta si al conllevar la exclusión de socios de un ente colectivo la disminución del capital es necesario dar cumplimiento a los requisitos señalados en el artículo 145 del Estatuto Mercantil?. Al respecto es oportuno indicar que a juicio de este Despacho la norma contenida en el artículo 145, es de carácter general frente a las disposiciones aplicables a la sociedad colectiva, en cuanto de éstas se desprende una disminución del capital, como consecuencia de algunas de las sanciones allí contempladas, según quedó dicho.

Finalmente, no debe perderse de vista que en la interpretación de las normas legales hay que buscar la aplicabilidad de las mismas y no su inocuidad, de manera que el citado artículo 145 no debe interpretarse de forma exegética, pues si así fuere y llegare a concluirse que para llevar a cabo la exclusión de un socio colectivo sin pérdida del aporte deba necesariamente darse cumplimiento a dicha norma, se haría inocua la aplicación de la sanción de exclusión establecida por la ley como mecanismo de protección para los asociados, en el evento que la sociedad no pudiere cumplir con alguno de los requisitos consagrados en el precepto legal aludido.

(Oficio SL-21730 diciembre 14 de 1987).

2. LA SOCIEDAD COLECTIVA SE DISUELVE POR LA MUERTE DE ALGUNO DE SUS SOCIOS, SI NO SE HUBIERE ESTIPULADO SU CONTINUACION CON UNO O MAS DE LOS HEREDEROS, O CON LOS SOCIOS SUPERSTITES.

De conformidad con lo previsto por los artículos 319 y 320 del Código de Comercio, la sociedad colectiva se disolverá por la muerte de alguno de los socios, si no se hubiere estipulado su continuación con uno o más de los herederos, o con los socios supérstites. Pero el pacto de continuar la sociedad con los herederos de un socio fallecido sólo podrá cumplirse cuando tales herederos tengan la capacidad requerida para ejercer el comercio y falla cuando las partes de interés del difunto se adjudican en la partición respectiva, en todo o en parte, a personas que carezcan de capacidad para ejercer el comercio o que no puedan obtener la habilitación respectiva. En el tiempo comprendido entre el fallecimiento del socio y la ejecutoria de la sentencia que aprueba la partición y adjudicación de los bienes relictos, la sociedad continúa funcionando en forma normal y las partes de interés del de cujus obtienen el ejercicio pleno de sus derechos a través del representante que deben designar los interesados conforme a la ley.

Ahora bien, si todos los herederos del socio fallecido son menores impúberes, incapaces absolutos para asociarse en este tipo de compañías de ilimitada responsabilidad, la sociedad no entraría en disolución sino en la parte correspondiente a los herederos del socio difunto, conforme al artículo 321 del Código de Comercio, la cual debe liquidarse y pagarse de inmediato por el valor que acuerden las partes, y en su defecto, por el que fijen peritos designados por ellas, debiéndose solemnizar la correspondiente reforma estatutaria.

(Oficio 04759 abril 25 de 1974).

III - SOCIEDADES COLOMBIANAS

1. UNA SOCIEDAD COLOMBIANA PUEDE PRESTAR SUS SERVICIOS EN EL EXTERIOR.

Una sociedad constituida regularmente en Colombia, cuyo domicilio principal esté situado en el territorio nacional, puede establecer agencias o sucursales en cualquier lugar del país o en el exterior. En el segundo caso, ello implicaría que la sociedad estaría ejerciendo la totalidad o parte del objeto social

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

en el extranjero, desempeñando por ejemplo, funciones de revisoría, auditoría o contraloría para sociedades extranjeras. Desde el punto de vista de la legislación colombiana, este proceder sería correcto y la legalidad de la prestación efectiva del servicio dependería ya de lo que sobre el particular estableciera la respectiva legislación extranjera.

Como por otra parte, también puede ocurrir que sociedades extranjeras tengan establecidas sucursales en territorio colombiano, a través de esta posibilidad puede ocurrir igualmente que una sociedad colombiana le preste servicios de revisoría, auditoría o contraloría a sociedades extranjeras, por lo cual y con fundamento en lo expuesto, se concluye que la posibilidad materia de estudio no es, por sí sola, contraria a la legislación colombiana.

(Oficio 18784 noviembre 4 de 1977)

IV - SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA

1. ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA

Dentro de la estructura de la rama ejecutiva del poder público tanto en lo nacional, departamental, distrital y municipal, existen 2 tipos de organismos vinculados a la administración y sujetos a su orientación, coordinación y control en los términos de las leyes y estatutos que los rigen, cuales son las ***empresas industriales y comerciales de Estado y las sociedades de economía mixta*** *(Decreto 1050 de l.968, artículo 1o).*

Unas y otras a la luz de los artículos 6 y 8 ibídem., tienen características comunes, como son las de ser organismos creados por la ley o autorizados por ella, desarrollar actividades de naturaleza industrial o comercial, y salvo las excepciones consagradas en la ley , las de sujetarse a las reglas del derecho privado en el cumplimiento de sus actividades.

La diferencia entre las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, estriba fundamentalmente en que las primeras como personas jurídicas surgen de la ley, ordenanza o acuerdo que las crea en los términos a que aluden los artículos 150, numeral 7, 300 numeral 7 y 313 numeral 6 de la Constitución Política, y su capital está constituido en su totalidad con bienes o fondos públicos comunes, el rendimiento de impuestos, tasas o

contribuciones, al paso que las segundas surgen del contrato de sociedad al que deben concurrir la voluntad oficial a través de las entidades públicas participantes, previa disposición que autorice su formación o constitución, y la voluntad privada, y en las cuales, su capital se conforma con aportes tanto estatales como privados

En este punto es oportuno resaltar que en opinión de este Despacho, ***una sociedad tiene el carácter de economía mixta no sólo por el hecho de la participación conjunta del aporte estatal y el privado*** *como se infiere del análisis aislado del artículo 461 del Código de Comercio,* ***sino que de una interpretación armoniosa de las distintas disposiciones que dentro de nuestro derecho positivo se han ocupado de este aspecto, como son el artículo 462 ibídem, el Decreto Ley 1050 de 1968 y fundamentalmente la nueva preceptiva constitucional contenida en las normas mencionadas, se infiere que es necesario que para la constitución o formación de la sociedad se haya expedido una ley, ordenanza o acuerdo según sea el caso, que haya autorizado su creación,*** *en la que además deben señalarse las condiciones para la participación del Estado, el carácter nacional, departamental o municipal de la sociedad y su vinculación a los distintos organismos administrativos para efectos de la tutela que debe ejercerse sobre la misma, todo lo cual debe incluirse en "el acto de constitución de toda sociedad de economía mixta" como claramente reza el artículo 462 citado.*

(Oficio 220-10359 Junio 2/94).

2. EL DERECHO DE PREFERENCIA EN LA ENAJENACION DE ACCIONES RIGE EN TODOS LOS CASOS EN QUE NO SE HAYA PACTADO ESTATUTARIAMENTE SU EXCLUSION.

En primer lugar conviene advertir que el derecho de preferencia en las sociedades de economía mixta rige en todos los casos en que no se ha pactado expresamente una estipulación que excluya su operancia. En efecto, los preceptos contenidos en los artículos 10o. y siguientes del decreto 130 de 1976, son de carácter dispositivo y proveen por vía supletiva.

La circunstancia anotada determina una diferencia sustancial con respecto a las sociedades anónimas de carácter privado, donde tal derecho preferencial no pertenece al régimen de la compañía, a menos que contractualmente se regulen su funcionamiento en los estatutos sociales.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Así las cosas, debe entenderse que en una sociedad de economía mixta donde no se ha determinado estatutariamente las reglas relativas a la negociación de acciones, dicha operancia quedará sujeta a las formalidades relacionadas con el ejercicio del derecho de preferencia, en la forma y términos previstos en las normas jurídicas precitadas.

Ahora bien, esta Superintendencia ha definido el referido derecho como "aquel en virtud del cual determinada persona o grupo de personas tienen prioridad para la celebración o ejecución de un negocio o acto jurídico, y en el caso particular de la negociación de partes alícuotas en las sociedades mercantiles, es aquel que tienen los asociados a que se les prefiera antes que a un tercero, para dicha negociación" (Oficio SL-10017 del 30 de abril de 1990).

Vale la pena agregar que a través de tal prerrogativa se logra igualmente el objetivo de evitar que personas extrañas ingresen a la sociedad. El procedimiento contemplado en las disposiciones legales para que los accionistas tengan la primera opción de adquirir las acciones en venta, incluye mecanismos que tienden a impedir que el enajenante se valga de artificios para burlar el derecho preferencial. En realidad la prerrogativa de los asociados consistente en que se les ofrezca en primer término, considerada como un simple beneficio de temporalidad, no representa por sí sola mayor garantía frente a un accionista manifiestamente interesado en ceder sus acciones a un tercero. Para este propósito le bastaría al enajenante ofrecer sus acciones a precios irrisorios o exorbitantes, a efecto de desmotivar a los demás accionistas, para posteriormente venderlas en su justo valor a personas extrañas a la sociedad.

El legislador ha pretendido evitar la ocurrencia de tales artificios, mediante las previsiones contenidas en los artículos 407 del Código de Comercio y 11 del Decreto 130 de 1976, aplicables a las sociedades anónimas de capital privado y a las de economía mixta, respectivamente, que consagran la obligatoriedad del procedimiento pericial en los casos de desacuerdo en cuanto a precio, plazo y demás condiciones de la cesión.

De tal suerte, pues, que de conformidad con las normas citadas, los accionistas realmente interesados en comprar las acciones del socio enajenante, están facultados para adquirirlas a un precio justo y pueden evitar que se ofrezcan a terceros mediante la simple solicitud de una regulación pericial. Desde luego, el dictamen proferido por los expertos tiene la propiedad de dirimir la controversia surgida entre las partes, debido a su carácter obligatorio. De manera que una vez

rendido el dictamen tanto el cedente como los adquirentes, deben acogerse a las condiciones determinadas en el experticio.

Con todo, debe dejarse en claro que el derecho de preferencia no puede concebirse como una limitación excesiva, que llegue al extremo de impedir al enajenante la negociación de sus títulos representativos de capital. Es por esto por lo que el profesor Gabino Pinzón ha expresado, al referirse a los alcances del derecho en cuestión, que es necesario "facilitar a los accionistas la venta de sus acciones, a fin de que el retracto no se convierta en una traba o dificultad que impida o que reduzca la circulabilidad de las acciones" (Sociedades Comerciales Vol. II. 3a. Ed. Temis, Bogotá 1989, pág. 183).

Por lo demás, debe afirmarse que el derecho de preferencia, al igual que los otros derechos patrimoniales, es renunciable de manera expresa o tácita. En efecto, los accionistas a quienes se dirige la oferta pueden rechazarla mediante comunicación enviada a la sociedad donde se exprese el desinterés en comprar las acciones o simplemente demostrando al oferente por cualquier otro medio, que no se ejercerá el derecho de preferencia. Tal rechazo tácito de la oferta se presenta igualmente cuando los interesados permiten que transcurra el plazo de la oferta sin expresar su intención de adquirir las acciones en venta. En esta última hipótesis, resulta apenas obvio que la no manifestación de voluntad por parte de los interesados, deja en entera libertad al enajenante para ofrecer y negociar las acciones con terceros no accionistas.

En mérito de las consideraciones efectuadas, se concluye que una vez cumplido el trámite correspondiente al derecho de preferencia, el accionista vendedor puede hacer una oferta diferente de las mismas acciones a terceros o negociarlas libremente con precio y condiciones distintas de los de la oferta original, debido a que los beneficiarios del derecho de preferencia han renunciado a ejercer esa prerrogativa y, por lo tanto, el enajenante ha quedado en libertad de efectuar la negociación en las condiciones que estime convenientes.

(Oficio AN-7749, marzo 22 de 1991).

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

3. LA ENAJENACION DE ACCIONES EN LAS DEL ORDEN NACIONAL O DE PRIMER GRADO DEBE EFECTUARSE DANDO CUMPLIMIENTO AL ARTICULO 18 DEL DECRETO 130/76.

Aplicación de los artículos 10 o 18 del Decreto 130 de 1976, cuando una sociedad de economía mixta con participación oficial inferior al 90% de su capital, desea vender las acciones que posee en otra sociedad de economía mixta de idénticas características.

Sobre el particular se manifiesta que el marco institucional que corresponde al Decreto 130 de 1976, alude a las sociedades de economía mixta del orden nacional, en cuyo capital participa el Estado o sus entidades descentralizadas. En efecto, conforme con lo establecido en el artículo 1o. del Decreto 3130 de 1968, los institutos y empresas oficiales de que trata la ley 65 de 1967 son, en armonía con el Decreto 1050 de 1968, de tres clases a saber: establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta. Añade la norma invocada que los vocablos instituciones, entidad o empresas oficiales o semioficiales, usados para referirse a personas jurídicas del orden nacional equivalen a las tres categorías jurídicas nombradas, las cuales se designan genéricamente con el nombre de entidades descentralizadas.

De otro lado, debe tenerse presente que el citado Decreto 130 de 1976, tratándose del derecho de preferencia en la enajenación de acciones o cuotas sociales por parte de una sociedad de economía mixta del orden nacional (de primer grado) ha establecido en el artículo 18 el procedimiento que debe observarse en tales eventos, vale decir que a través de autorización plasmada en decreto ejecutivo o en acto de la correspondiente junta directiva, según el caso, la nación y sus entidades descentralizadas están en la posibilidad de ofrecer en venta sus acciones o cuotas a otras entidades públicas sean socias o no; si las mismas no aceptan la oferta, podrán ser dadas en venta a personas de derecho privado.

En este orden de ideas se tiene que si la sociedad de economía mixta está calificada como del orden nacional de primer grado, para los fines de la enajenación de las acciones en referencia, ha de darse aplicación al artículo 18 del Decreto 130 de 1976; en el evento de que fuera directa o de segundo grado, se estará al régimen que sobre la materia se hubiere pactado estatutariamente.

Importa destacar que de acuerdo con el artículo 2o. del nombrado Decreto, las sociedades de economía mixta en las cuales la aportación de la nación o de sus entidades descentralizadas sea inferior al noventa por ciento de su capital, se someterán a las normas de derecho privado, salvo las excepciones que la ley ha establecido. Por el contrario, cuando el porcentaje antedicho es igual o superior al monto indicado, tales compañías están sujetas a las disposiciones propias de las empresas industriales y comerciales del Estado. (Artículo 3o. ibídem).

(Oficio DAL-27799, Oct. 29 de 1991).

4. REEMPLAZO DE MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA EN SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA.

Con el ánimo de dilucidar en qué eventos es posible que un miembro de junta directiva delegue su asistencia a las reuniones en un subalterno, cuando tiene un suplente personal que debe reemplazarlo en sus faltas absolutas o temporales, este Despacho hizo las siguientes precisiones:

De conformidad con el artículo 434 del Código de Comercio, la junta directiva se integrará con no menos de tres (3) miembros y cada uno de ellos tendrá un suplente.

A su vez, el artículo 197 del mismo código, establece que cuando los suplentes de la junta directiva son numéricos podrán reemplazar a los principales elegidos de la misma lista, reiterándose así la figura del suplente en este órgano de administración.

De lo anterior se concluye inicialmente que la junta directiva se conforma por principales y suplentes, donde éstos últimos son los llamados a reemplazar a los principales en sus faltas absolutas o temporales, dado el régimen de las suplencias, no siendo dable por lo tanto que para efectos de la conformación y funcionamiento de este órgano social se pacte o permita, además de los anteriores, la figura del delegado, de tal manera que sea éste quien asista en reemplazo del principal.

No debe perderse de vista que en las sociedades mercantiles el hecho de que la elección de la junta directiva deba hacerse por el sistema del cuociente electoral, como imperativamente lo señala el artículo 197 del Código citado,

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

significa que cada uno de los miembros representa dentro de dicho cuerpo colegiado, un determinado número o grupo de asociados, por lo tanto que la elección tiene un carácter intuitus personae, siendo forzoso por ello que en las reuniones respectivas deba actuar el miembro principal elegido por la asamblea o, en su defecto el suplente a quien corresponda, igualmente elegido por la asamblea y nunca un delegado del principal designado por éste.

Cosa diferente ocurre en el caso de las sociedades de economía mixta en las que el aporte del capital público sea superior al 90%, ya que al tenor del artículo 4 del Decreto 130 de 1976, cuando la participación del estado es exclusivamente de entidades descentralizadas, hay libertad contractual para determinar la composición de la junta directiva así como su presidencia al paso que cuando dicha participación es exclusiva de la Nación, o de ésta y de entidades descentralizadas, se aplican para este propósito las normas propias de las empresas industriales y comerciales del Estado, cuyas juntas o consejos directivos se conforman como se disponga en las normas pertinentes, correspondiendo la presidencia de las mismas al Ministerio o Jefes de Departamento Administrativo, o sus delegados, a cuyo despacho se halle vinculada la respectiva sociedad, tal como lo prevé el artículo 8o. del decreto 3130 de 1968.

Ahora bien, cuando el artículo 6o. del Decreto 128 de 1976, consagra la forma cómo los Ministros y Jefes de Departamento Administrativo y demás autoridades nacionales pueden designar delegados suyos para formar parte de juntas o consejos directivos, debe entenderse que ello sólo se da para el caso de que tengan la facultad de hacerlo, por disponerlo así la norma que rige el funcionamiento de la Entidad, siempre y cuando se trate ésta de un establecimiento público, una empresa industrial o comercial del Estado o una sociedad de economía mixta con una participación estatal como la indicada, dado el campo de aplicación de dicha disposición legal.

Entonces, para el caso de sociedades en las que el aporte de la Nación y por ende el capital público sea inferior al 90%, el miembro principal de la junta directiva solo puede ser reemplazado en sus ausencias temporales o definitivas por su suplente personal, mientras que si dicha participación es superior a dicho porcentaje actuará el delegado del miembro principal, en la medida en que así esté previsto en los estatutos respectivos

(Oficio 220-21298 de octubre 4 de 1993).

5. SI BIEN SU REGIMEN ESTA ESENCIALMENTE EN EL AMBITO PRIVADO, EN OCASIONES ENCUENTRA EXCEPCIONES REGULADAS POR EL DERECHO PUBLICO EN RAZON DE LA PARTICIPACION ESTATAL, COMO OCURRE EN EL CASO DE LA DISTRIBUCION DE UTILIDADES.

Partiendo de la base de que, de conformidad con lo establecido en el Decreto 130 de 1976 las sociedades de economía mixta, en donde los aportes estatales sean iguales o superiores al 90% del capital social, se rigen por las normas que gobiernan a las empresas industriales y comerciales del Estado, es procedente precisar que el citado decreto no pretendió asimilar las sociedades de economía mixta con las empresas industriales y comerciales del Estado, porque son de naturaleza distinta, sino que dado el porcentaje de la participación del Estado merecen un tratamiento especial, que es aplicable siempre que no sea incompatible con las características esenciales de las sociedades.

Lo expuesto anteriormente es una directriz que se debe tener presente en la interpretación de las normas correspondientes. Por tanto, aunque la Ley 38 de 1989 en sus artículos 2o. y 26 no se refiere en forma expresa a las sociedades de economía mixta sometidas al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, su aplicación se efectúa en virtud de la remisión que hizo el Decreto 130 aludido. Es por ello por lo que el decreto 251 de 1990, mediante el cual se fijaron las fechas y plazos para las distintas etapas del proceso presupuestal establecidas en la Ley 38 de 1989, incluye en su reglamentación explícitamente a las sociedades que nos ocupan.

Ahora bien, la norma consagrada en el artículo 3o. inciso 2o. del decreto últimamente citado, cuyo tenor es el que sigue "...El Consejo Nacional de Política Económica y Social -CONPES- antes del 30 de abril de cada año, distribuirá el superávit fiscal que liquiden los Establecimientos Públicos Nacionales, las utilidades de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta sometidas al Régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado, y determinará las fechas en las cuales dichas entidades consignarán a la Tesorería General de la República los valores correspondientes", debe interpretarse en forma armónica con las normas del Derecho Societario. Es así como, en opinión del Despacho, el citado artículo sólo se refiere a las utilidades que le corresponden a los accionistas cuyos aportes tengan el carácter de estatal mas no a los socios particulares, a quienes se les aplicará el régimen privado, que les confiere el derecho a participar en las utilidades de cada ejercicio social en proporción a sus aportes. De lo contrario podría contravenirse el

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

artículo 30 de la Constitución Nacional que garantiza los derechos adquiridos con justo título por los particulares, de acuerdo con la ley.

No sobra anotar, que si bien el régimen de este tipo de compañía está esencialmente en el ámbito privado, en ocasiones encuentra excepciones reguladas por el derecho público en razón de la participación estatal. Es por ello por lo que la ley puede establecer una regulación especial para la distribución de las utilidades, como lo ha hecho en este caso en relación con las que le corresponde a los accionistas estatales.

(Oficio AN-7750, Marzo 22 de 1991).

6. *REVISORIA FISCAL*

Establecía el artículo 21 de la ley 20 de 1975 que en las sociedades en que el Estado poseyera menos del 50% del capital, el control fiscal sería ejercido por un revisor fiscal elegido por la Asamblea General de Accionistas de listas pasadas por el Contralor General de la República, señalándose que sus funciones debían desempeñarse en los términos del Código de Comercio, con lo cual era claro que en este tipo de sociedades una misma persona cumplía las funciones inherentes a la revisoría fiscal y las atinentes al control fiscal que correspondía a la Contraloría General de la República,

En los mismos términos, el artículo 320 del Decreto 1222 de 1986 consagró el control fiscal para el caso de las sociedades en las que el departamento o sus entidades descentralizadas fueren titulares de partes alícuotas representativas de menos del 51% del capital social.

Luego, con la expedición de la Constitución de 1991, se reorientó el alcance del control fiscal a cargo de la Contraloría General de la República al señalarse que éste será ejercido en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que señale la ley, forma que es igualmente predicable tratándose de la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios conforme lo previene el artículo 272 de la nombrada Constitución.

En desarrollo de las disposiciones constitucionales reguladoras del control fiscal, se expidió la ley 42 de 1993 en donde además de reiterarse la forma posterior y selectiva de dicho control, se previó para las entidades indicadas en

los artículos 21 y 22 de la mencionada ley, entre ellas las sociedades de economía mixta, que la vigilancia de la gestión fiscal se cumplirá "sin perjuicio de la revisoría fiscal que, de acuerdo con las normas legales se ejerza sobre ellas", tal como expresamente se indica en el artículo 23 ibídem.

Por tanto, como el artículo 21 nombrado al ocuparse de las sociedades de economía mixta no hace distinción alguna, debe entenderse que el control fiscal, "sin perjuicio de la revisoría fiscal" se ejerce cualquiera sea el grado de participación de aportes públicos en el capital social de la compañía, con la salvedad claro está de que dicha participación sirve como marco de referencia para determinar a su vez el grado de vigilancia de la gestión fiscal y particularmente la evaluación de la gestión empresarial respecto al manejo de los recursos públicos.

De lo hasta acá expuesto, ***se infiere de una parte que legislativamente quedó clara la separación absoluta entre el control fiscal y la revisoría fiscal cuando de acuerdo con la ley deba funcionar dicho órgano en la sociedad respectiva y de la otra, que ya no opera la distinción en cuanto al grado de participación de aportes públicos en el capital de la sociedad para establecer la funcionalidad de aquellos dos mecanismos de control o la forma de proveer los cargos respectivos.***

En opinión de este Despacho, ello es aplicable a las sociedades de economía mixta de cualquier orden, bien sean ellas del nivel nacional, departamental o municipal pues el artículo 1 de la ley 42 citada, es claro al señalar que la misma comprende el conjunto de preceptos que regulan no sólo los principios, sistemas y procedimientos de control, sino los organismos que lo ejercen en los niveles nacional, departamental y municipal, idea que se reitera en el artículo 65 ibídem, al preverse que las contralorías departamentales, distritales y municipales realizarán la vigilancia que a ellas corresponda en su jurisdicción, de acuerdo a dichos principios, sistemas y procedimientos.

Con base en lo señalado, es dable afirmar ***que en las sociedades de economía mixta en las que deba funcionar la revisoría fiscal por darse alguno de los presupuestos contenidos en el artículo 203 del Código de comercio o en el parágrafo 2o. del artículo 13 de la ley 43 de 1990, el revisor fiscal respectivo debe ser designado y ejercer sus funciones en los términos señalados en el Código citado, cualquiera sea el porcentaje de participación de aportes públicos en el capital de la compañía y sin importar el nivel nacional, departamental o municipal de la misma, lo que implica que la elección de dicho funcionario deba***

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

hacerse siempre por la asamblea general de accionistas o junta de socios, a la cual corresponde ejercer tal facultad en forma libre, exclusiva e indelegable, según se infiere de los artículos 187 numeral 4 y 204 del Estatuto Mercantil.

En todo caso, debe quedar perfectamente claro que el funcionamiento de la revisoría fiscal debe darse sin perjuicio de la vigilancia de la gestión fiscal que ejerce la Contraloría General de la República en este tipo de entidades, conforme a las normas constitucionales y legales mencionadas.

(oficio 220-21427 de octubre 6 de 1993)

7. LA SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA NO SE DISUELVE CUANDO LA ENTIDAD PUBLICA ADQUIERE EL 95% O MAS DE SUS ACCIONES

El artículo 464 de la codificación mercantil, dispone que cuando los aportes estatales en las sociedades de economía mixta sean del noventa por ciento (90%) o más del capital social, éstas se someterán a las disposiciones previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado, con lo cual se reitera lo que ya consagraba el artículo 3o., del Decreto 3130 de l.968, contentivo del Estatuto Orgánico de las Entidades Descentralizadas del Orden Nacional en cuanto a que esta clase de sociedades deben someterse "al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado", disposiciones éstas, que en similar sentido reiteró posteriormente el Decreto 130 de 1976.

Tales preceptos permiten afirmar razonablemente que en principio, las ***sociedades de economía mixta no obstante la participación de capital público, se sujetan también en cuanto a su organización y funcionamiento a las reglas del derecho privado y particularmente a las contenidas en el Código de Comercio; pero tratándose de sociedades en que la aludida participación alcance o supere el 90% mencionado, las mismas escapan a la aplicación de las señaladas reglas, en todo aquello que esté regulado en el régimen propio de las anotadas empresas.***

Ahora bien, como quiera que al tenor del artículo 30 del Decreto 1050 de 1968, tanto los establecimientos públicos como las empresas industriales y comerciales del Estado están sujetas en su funcionamiento y en el ejercicio de su actividad administrativa o industrial y comercial a lo dispuesto en la ley que las cree así como a sus estatutos, es del caso anotar que las ***sociedades de economía mixta con régimen de empresa industrial y comercial del Estado, deben sujetarse***

básicamente a la ley o norma que autorizó su creación así como a sus propios estatutos y sólo en silencio de una y otros, le son aplicables las reglas del régimen propio de las sociedades mercantiles contenidas en el Código de Comercio.

A su turno el artículo 17 del Decreto 130 de 1976 establece que cuando todas las acciones o cuotas sociales en poder de particulares sean transferidas a una o varias entidades públicas ***la sociedad se convertirá sin necesidad de liquidación previa, en empresa industrial y comercial del Estado o en sociedad entre entidades públicas****, para lo cual los correspondientes órganos directivos de la entidad procederán a modificar los estatutos en la forma a que hubiere lugar.*

Ello significa que cuando en una sociedad mercantil el 100% de las cuotas o acciones en que esté representado el capital social, llegue a pertenecer a una entidad de derecho público, aquella no puede disolverse ni liquidarse, sino que por disposición de la ley, debe convertirse en empresa industrial y comercial del Estado sin que haya necesidad de sujetarse al proceso liquidatorio, siendo suficiente con que los órganos competentes adopten las modificaciones estatutarias pertinentes.

El artículo 457 del Código de Comercio por su parte, determina que las sociedades anónimas se disolverán cuando el 95% o más de las acciones suscritas llegue a pertenecer a un solo accionista; por consiguiente una sociedad comercial del tipo de las anónimas, que de hecho incurra en la circunstancia descrita, irremediablemente debe disolverse, a menos que dentro de los 6 meses siguientes adopte las medidas que le permitan evitar la disolución. ***Sin embargo, si el accionista en quien se concentre la titularidad de las acciones en la proporción que la norma determina como causal de disolución, fuere una entidad de derecho público y de igual forma la sociedad tuviere que disolverse, no podría aplicársele la disposición contenida en el artículo 17 del Decreto 130, pues la entidad pública respectiva no llegaría a adquirir el 100% de las acciones y consecuentemente no tendría lugar la ocurrencia del presupuesto que da cabida a la conversión de la sociedad.***

Entonces, encontrándonos frente a dos regímenes, uno aplicable a las sociedades anónimas en general como es el contenido en el artículo 457 citado, y otro aplicable únicamente respecto de algunas sociedades anónimas como son las que tienen la condición de economía mixta, es obvio que el que deba operar para el caso en estudio, sea este último, toda vez que de acuerdo con los principios de interpretación de la ley, es claro que las normas propias de un régimen especial priman frente a las de carácter general.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

En este orden de ideas se debe concluir que dicha causal únicamente operaría, en el evento en que así se hubiere contemplado expresamente como causal de disolución en la ley que autorizó la creación de la sociedad respectiva, pues en tal caso ante la identidad normativa de ésta con el decreto referido, la ley correspondiente tendría aplicación preferencial sobre lo previsto en el citado artículo 17, en razón al carácter especial y posterior que la misma tendría.

(Oficios 220-10359 junio 2 de 1994 y 220-13831 de julio 15 de 1994).

8. DISOLUCION

No debe perderse de vista que las sociedades de economía mixta, son, ante todo, sociedades comerciales (artículos 8o. del Decreto 1050 de 1968 y 461 del Código de Comercio). Como tales, se encuentran sujetas a las previsiones legales del Código de Comercio, según las voces de los artículos mencionados, salvo en todo aquello que pugne con las disposiciones de las empresas industriales o comerciales del Estado, como quiera que las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte estatal sea o exceda del 90% del capital social, se regulan primordialmente por las normas de aquellas entidades descentralizadas (artículo 3o. del Decreto 3130 de 1968, 464 del Código de Comercio y 3o. del decreto 130 de 1976).

Las normas precitadas no varían la naturaleza de los entes motivo de comentario, sino que en algunos aspectos de su funcionamiento, dirección y administración los substraen de la órbita del derecho privado con miras a proteger los intereses públicos en juego.

Sobre el particular precisó el Consejo de Estado lo siguiente:

"Lo dispuesto en estas normas legales (Artículo 3o. del Decreto 3130 de 1968 y 464 del Código de Comercio) debe entenderse en el sentido de que las sociedades en ellas consideradas conservan la estructura jurídica del Código de Comercio, y como personas, siguen sometidas a sus normas en lo que no resulte incompatible con los reglamentos legales que determinan la dirección, administración y funcionamiento de las empresas del Estado, como entidades que operan dentro del Sector Gubernamental". (se subraya) (ver concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, del 10 de abril de 1973).

Según lo anotado y teniendo en cuenta que en nuestro sistema positivo no existe disposición que fije causales de disolución para las empresas industriales o comerciales del Estado, es preciso concluir que las normas previstas al respecto en el Decreto 410 de 1971 son aplicables en su integridad a las sociedades de Economía Mixta en las cuales la participación estatal sea igual o superior al 90% del capital suscrito.

Claro que, excepcionalmente, dichas sociedades pueden estar sustraidas del régimen común cuando siendo creadas por ley, ésta fija sus estatutos básicos apartándose del estatuto mercantil.

(Oficio 220-13831 Julio 15 de 1994).

V - SOCIEDADES DE FAMILIA

1. CUANDO SE ENTIENDE QUE HAY SOCIEDAD DE FAMILIA

En primer lugar es necesario saber que las sociedades de familia se caracterizan exclusivamente por la calidad de sus elementos subjetivos, como son, que todos sus integrantes o la mayoría de ellos son miembros de una misma familia. Estas sociedades suelen constituirse por el cabeza de familia, dando vía libre en ellas a su mujer y a sus hijos y nutriendo el fondo social con los elementos patrimoniales afectos al negocio mercantil que viniese explotando anteriormente con carácter de comerciante individual.

La moderna sociedad de familia es, pues, una sociedad anónima, que se constituye con el propósito, casi siempre el único, de ir involucrando a los miembros de una familia (como se dijo antes, a la mujer y a sus hijos) en la explotación del negocio iniciado y dirigido por el padre, tratando de lograr la unidad e incremento del patrimonio de la familia e ir asegurando que al fallecimiento del cabeza de familia continúe sin tropiezo alguno el desarrollo de la explotación del negocio familiar, regida por una personalidad (la de la sociedad) que no se ve afectada por los cambios sobrevenidos en los miembros que la componen.

Ahora bien, en nuestra legislación las sociedades anónimas de familia tuvieron una primera consagración legal en virtud del artículo 30 de la Ley 58 de 1931, cuando dispuso que serán "aquellas que se formen en mayoría de miembros de una misma familia"; posteriormente se expidió el Decreto 2521 de

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

1950 por medio del cual se reglamentó dicha Ley 58 que en uno de los apartes del artículo 283 estableció que entre otros requisitos que debe reunir una sociedad anónima de familia para ser catalogada como tal es "que se hayan constituido por mayoría de persona vinculadas entre sí por parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado civil, o de afinidad dentro del segundo grado"

Dichas normas, fueron derogadas por el Decreto 410 de 1971, el cual reguló íntegramente la materia referente a las sociedades anónimas y no se contempló dentro de su normatividad disposición alguna que permita concluir sobre la existencia autónoma e independiente de este tipo de compañías, ya que no se regló sobre conformación, requisitos o reconocimiento de éstas, tal como sucedió en la legislación derogada.

En este orden de ideas y tal como se sostuvo en el oficio SL-1943 del 5 de octubre de 1989 "derogada expresamente la regulación de sociedades anónimas de familia y no habiendo tenido ésta consagración legal dentro de la actual legislación mercantil, se hace necesario acudir respaldados en el principio de la analogía, a lo consagrado en la legislación tributaria, en donde el Decreto reglamentario 187 de 1975 en su artículo 6o. determina el carácter familiar de una sociedad con base en los siguientes requisitos:

a. *La existencia de un control económico, financiero o administrativo;*

b. *Que dicho control sea ejercido por personas ligadas entre sí por matrimonio o por parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o único civil.*

Los parámetros señalados en el Decreto 187 mencionado indudablemente están acordes con el concepto restringido de familia que se desprende de algunas disposiciones legales; tal es el artículo 874 del Código Civil, como de los artículos 1o. y 4o. de la ley 70 de 1971 y que doctrinariamente ha sido acogido como una agrupación de personas formadas por el padre, la madre y los hijos.

En este orden de ideas, para que una sociedad tenga el carácter de familia debe existir entre dos o más socios un parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado (padre, madre, hijos y hermanos) o único civil (padre, o madre adoptante o hijo adoptivo), o estar unidos entre sí matrimonialmente, siempre y cuando los socios así relacionados, ejerzan, sobre la sociedad un control económico, financiero o administrativo.

El control económico de la sociedad existe en la medida en que uno o varios socios hayan hecho aportes de tal significación, que representan por lo general un interés de tipo mayoritario.

El control financiero tiene que ver con el suministro por parte de quienes lo ejercen, de recursos de carácter pecuniario que permitan el normal desarrollo del objeto social, con los consiguientes beneficios para la sociedad, sus miembros y terceros, prerrogativas que lógicamente tienen un precio, vale decir, suponen cierta reciprocidad que en última instancia no es otra cosa que el precitado control financiero que admite la formación de toda una gama de relaciones y prerrogativas de especial importancia como quiera que la mayoría de operaciones mercantiles se efectúan con fundamento en dicho factor financiero.

El control administrativo radica en la posibilidad de elegir, o lograr que sean elegidos quienes estatutariamente han de ejercer directamente las funciones de tal carácter en la compañía, obviamente con estricta sujeción a las normas legales y cláusulas contractuales que rigen la materia.

De acuerdo con lo expuesto si las personas titulares del 49% del poder accionario, no sólo se encuentran relacionados entre sí por matrimonio o parentesco hasta el segundo grado de consaguinidad o único civil, sino que además, dicho porcentaje les permite ejercer un control económico, financiero o administrativo sobre la sociedad, indudablemente ésta, a juicio de este Despacho, tendría el carácter de sociedad de familia y por ende no estaría sujeta a la restricción de que trata el artículo 435 del Código de Comercio.

(Oficio 220-14246, Julio 26 de 1994)

VI - SOCIEDADES DE HECHO

1. LA SOCIEDAD DE HECHO, ASI SE DERIVE DEL CONSORCIO CELEBRADO COMO OBLIGACION ESTABLECIDA EN LA ADJUDICACION DE UNA LICITACION PUBLICA, POR DOCUMENTO PRIVADO EN EL CUAL PARTICIPA UNA SUCURSAL DE UNA SOCIEDAD EXTRANJERA, NO ESTA SUJETA A LA VIGILANCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.

Sobre el particular, este Despacho considera oportuno hacer las siguientes precisiones, partiendo del supuesto de que se trate de una sociedad de hecho.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

A. *Qué es la forma de sociedad:*

En el artículo 1o. literal b) Decreto 1258 de 1993, se señalan las sociedades respecto de las cuales la Superintendencia de Sociedades ha de ejercer vigilancia diciendo que en "las sociedades comerciales, cualquiera que sea su forma, que a 31 de diciembre de 1993 o en sus posteriores cortes de cuentas de fin de año calendario, registren activos totales, iguales o superiores a una cantidad equivalente a veinte mil (20.000) salarios mínimos mensuales vigentes al 1o. de enero del año siguiente al corte".

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

Del contenido de los artículos 110, 167, 259 y 270 del Código de Comercio se desprende que una sociedad que no está constituida bajo los lineamientos legales de una sociedad anónima, la de responsabilidad limitada, la colectiva o la encomandita, que son las formas que admite nuestro Código, no estará legalmente constituida y por lo tanto no será una persona jurídica y su existencia no será oponible a terceros como tal.

B. *Sin escritura pública no hay forma:*

1o. No hay persona jurídica. Cuando el contrato se eleva a escritura pública la organización queda revestida de personalidad jurídica, que le facilita establecer constantes relaciones con terceros a lo largo de su ciclo vital. Esta precisión técnica quedó plasmada en el artículo 98 del código mencionado al señalar que solamente una vez constituida legalmente la sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, lo cual está implicando la observancia del régimen que estableció la ley, según las características que se quieran imprimir al contrato, para que se pueda hablar del surgimiento de la persona jurídica.

Tanto en Colombia como en otros estados del orbe como bien lo expresa el tratadista José Ignacio Narváez García en su obra Teoría General de las Sociedades, Tercera Edición, "se exige para la constitución de la sociedad mercantil ciertos requisitos de forma y de publicidad. Es así como el artículo 110 del Código de Comercio ordena que la sociedad comercial se formalice por escritura pública.

Pero obviamente la finalidad de este precepto no es convertir en solemne el contrato que da origen a la sociedad sino al nacimiento de la persona moral que va a dedicarse a una explotación mercantil y a entablar relaciones con terceros como sujeto autónomo con todos los atributos de la personalidad jurídica. La existencia de esta persona distinta de los socios individualmente considerados debe constar siempre en escritura pública, que ha de contener el acuerdo del cual nace y las reglas que determinan con previsión su modus vivendi y que regirán sus relaciones tanto en el orden interno como en el externo. Así se cautelan los intereses de quienes van a tratar o a enfrentarse con ese ente artificial. En consecuencia, puede afirmarse que todas las sociedades comerciales nacen de un acuerdo plurilateral de voluntades eminentemente consensual; pero en las regulares o irregulares la escritura pública es una formalidad ad-solemnitatem, es decir, un elemento necesario para su personería jurídica; y ad-probationem, esto es, para futura prueba de la persona y de su posición respecto de los asociados y de terceros en general. La omisión de tal formalidad determina la inexistencia de la persona jurídica pero no de la sociedad de hecho ni tampoco del contrato que la generó". (se subraya).

Respecto de la situación que se deriva de la constitución legal de la sociedad, es ilustrada y clara la explicación que da el doctor Gabino Pinzón en su libro de Sociedades comerciales, Editorial Temis, Bogotá 1977, página 16 "Considerada la sociedad legalmente constituida como esa persona jurídica, tiene consecuentemente determinados atributos propios de esa condición. En primer lugar tiene capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones separadamente de los socios, es decir para formar un patrimonio al servicio de la empresa social, cuya autonomía constituye la principal y más importante consecuencia de la personificación; tiene asimismo un nombre que le sirve de signo distintivo y da identificación en el mundo de los negocios, como sujeto distinto de los socios, que no solo permite a los terceros distinguir como de la sociedad los actos celebrados bajo ese nombre, sino que les permite informarse de la clase o forma de la sociedad, puesto que su nombre debe formarse con sujeción a las reglas propias de cada tipo de sociedad, como se dispone en el artículo 110 del Código; tiene también un domicilio que no sólo indica a los

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

terceros cuál es el lugar donde la sociedad está jurídicamente presente ante ellos, sino que cumple importantes funciones de regulación jurídica, como la de determinar cuál es la Cámara de Comercio ante la cual han de cumplirse determinadas obligaciones relacionadas con el registro público de comercio, lo mismo que la de determinar, en principio, la competencia de los jueces en los procesos que hayan de seguirse contra la sociedad, etc; y tiene, como consecuencia de ser un sujeto de derecho con un domicilio propio, una nacionalidad que, al vincularla a las leyes de un país determinado, suministra un criterio cierto para juzgar de la validez o legalidad de su formación y de su propio régimen de funcionamiento".

En nuestro régimen legal disfrutan, por consiguiente, del beneficio de la personalidad jurídica todas las sociedades formadas de acuerdo con la ley, pues el recurso técnico de la personalidad jurídica permite regular en forma más clara y sencilla la actuación de las sociedades tal como quedó expresado, cosa que no acontecería si ellas fueran consideradas como simples formas de asociación sin una capacidad jurídica propia y autónoma.

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

No sobra subrayar que la personalidad jurídica de las sociedades se obtiene en forma automática e inmediata, por el solo hecho de su constitución regular y sin necesidad de ningún trámite administrativo previo, cosa que no sucede con las demás formas de asociación, las cuales solo alcanzan la personalidad mediante un expreso pronunciamiento oficial.

Y conviene igualmente anotar que esa personalidad jurídica de las sociedades subsiste aún después de la disolución y durante todo el período de la liquidación, aunque con una capacidad de ejercicio sustancialmente disminuida, como ha quedado expresamente definido en el Código de Comercio, cuyo artículo 222 advierte que la sociedad disuelta "conservará su capacidad jurídica, aunque limitada a "los actos necesarios a la inmediata liquidación".

C. En las sociedades de hecho los socios responden solidaria o ilimitadamente.

De conformidad con el artículo 501 del código referido, "en la sociedad de hecho todos y cada uno de los asociados responderán solidaria e ilimitadamente por las operaciones celebradas. Las estipulaciones tendientes a limitar esta responsabilidad se tendrán por no escritas".

Como se desprende de la norma legal transcrita, esa responsabilidad no es subsidiaria como ocurre en la sociedad colectiva, en la cual sólo puede deducirse contra los socios cuando se demuestre que la sociedad ha sido requerida vanamente para el pago (artículo 294 ibídem), sino que por virtud de la solidaridad activa y pasiva, los terceros pueden hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones a cargo o en favor de todos los asociados o de cualquiera de ellos. Y como la misma ley considera ineficaces las estipulaciones que tiendan a limitar dicha responsabilidad, resulta a todas luces indudable que los terceros tienen una prenda común más amplia en los negocios celebrados con los socios de una compañía de hecho que con una sociedad colectiva regularmente constituida.

"Como se infiere de los planteamientos anteriores, entre las principales ventajas de las formas regulares de sociedad están la oponibilidad a terceros de las estipulaciones del contrato social y la personificación jurídica de la sociedad, que permite separar con efectos ante ellos los negocios y el patrimonio de los socios. Ventajas que operan, pues, lo mismo en el orden interno que en el orden externo de la sociedad. Y ventajas de las cuales carece a su vez, la sociedad de hecho, que no configura esa persona jurídica distinta de los socios y en la cual las estipulaciones del contrato social apenas producen efectos entre los asociados, sin relievancia alguna entre terceros, ante quienes responden solidariamente todos ellos, a pesar de la afectación especial o preferencial de los bienes sociales a las obligaciones contraídas en desarrollo de los negocios". (Revista de la Cámara de Comercio de Bogotá, Las Formas de Sociedad Comercial por J. Gabino Pinzón, diciembre de 1977 página 10).

Pues bien, teniendo en cuenta - como ya quedó claramente expuesto- que uno de los efectos propios de la forma de la sociedad es determinar el régimen de la responsabilidad de los asociados por las operaciones sociales, es claro concluir que las sociedades de hecho no son un tipo o especie de sociedad, como quiera que no determina para sus socios una responsabilidad diferente a la que éstos tendrían como empresarios individuales, precisamente por la inexistencia de un

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

ente de derecho que actúe en el mundo del comercio con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones. Es así como, no obstante se pacte un régimen especial de responsabilidad para los socios en un contrato de sociedad que no se ha elevado a escritura pública, las cláusulas que lo determinan no adquieren fuerza jurídica alguna, vale decir son ineficaces, según las voces del artículo 501, ídem.

D. La sociedad de hecho no puede transformarse

Para abundar en razones, téngase en cuenta que la sociedad de hecho por no poseer forma alguna, no puede transformarse.

En efecto, el artículo 171 del Código de Comercio dispone: "Para que sea válida la transformación será necesario que la sociedad reúna los requisitos exigidos en este Código para la nueva forma de sociedad".

El doctor José Ignacio Narváez en su obra ya citada comenta el precepto legal transcrito de la siguiente manera: "Vale la pena plantear este interrogante: Es indispensable que la sociedad en vía de transformación esté regularmente constituida? Es lógico que si al tenor del segundo inciso del artículo 167 del Código "La transformación no producirá solución de continuidad en la existencia de la sociedad como persona jurídica", éste fenómeno solo puede llevarse a cabo en tratándose de sociedades regulares e irregulares, mas no cuando sea una sociedad de hecho porque la persona jurídica que ha de cambiar de vestidura no existe (art. 499 del C. Comercio). La sociedad irregular es la constituida por escritura pública pero sin la inscripción en el Registro Mercantil. Es persona jurídica y su regulación equivale a cumplir tardíamente los requisitos externos que se omitieron. Esta regularización en ningún caso afecta los derechos de terceros que anterior o ulteriormente negocien con la sociedad.

En síntesis, respecto de la transformación no pueden eludirse las formalidades y los requisitos exigidos por la ley para la constitución regular de un determinado tipo de sociedad. De consiguiente, cuando una sociedad se transforma en otra es menester que existan y se cumplan todas las condiciones requeridas legalmente para esta nueva forma que se pretende adoptar, ejemplos:

1o.) Una sociedad anónima o de responsabilidad limitada con algún o algunos asociados menores de edad, no podría transformarse en colectiva ni siquiera con el voto afirmativo de tales menores porque la ley prohibe a éstos

participar en sociedades en las cuales se comprometa ilimitadamente su responsabilidad.

2o.) Si el órgano supremo de una sociedad limitada o anónima ha acordado la transformación en compañía en comandita simple o por acciones, los asociados menores de edad no podrán tener la calidad de gestores por cuanto éstos han de ser plenamente capaces para ejercer actividades mercantiles.

3o.) Si una compañía colectiva, en comandita por acciones o anónima pretende transformarse en comandita simple o de responsabilidad limitada el capital ha de pagarse íntegramente en el momento de la transformación.

4o.) Una colectiva, en comandita simple o por acciones o anónimas con más de veinticinco asociados no podrá transformarse en compañía de responsabilidad limitada porque excedería la pluralidad máxima de socios permitida en este tipo de sociedad.

5o.) Una colectiva, en comandita simple o de responsabilidad limitada con menos de cinco socios, podrá transformarse en anónima si previamente o al momento de la transformación admite nuevos asociados a fin de completar la pluralidad mínima exigida por la ley".

E. La Superintendencia de Sociedades no puede vigilar las sociedades de hecho.

En el artículo 189 de la Constitución Política de Colombia se enumeran las atribuciones más importantes que corresponden al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa, y en su numeral 24 se dispone: Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas... Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles.

En desarrollo de la citada norma constitucional, el artículo 1o. del Decreto 2155 de 1992 expresa: "La Superintendencia de Sociedades es un organismo técnico, con autonomía administrativa y presupuestal, adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico, que por delegación del Presidente de la República, ejerce la inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles"; agrega el artículo siguiente que "ejercerá la función presidencial de inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles no sometidas a la vigilancia de otras Superintendencias"

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

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

Así las cosas, la sociedad de hecho no es sujeto de vigilancia estatal, toda vez que con éstas se busca fundamentalmente la protección de los terceros y de los mismos socios y el regular funcionamiento de la sociedad persona jurídica; vigilancia que se ha instituido sobre aquellas compañías en las cuales se restringe la responsabilidad de los socios, circunstancia que no puede predicarse de la sociedad de hecho donde los asociados responden ilimitada y solidariamente.

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

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

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

b) Por no constituirse legalmente, la sociedad no forma una persona jurídica independiente de los socios individualmente considerados. Y es precisamente esta la razón por la cual la sociedad no puede ser sujeto de las obligaciones que impone la vigilancia del Estado, entre otras, enviar oportunamente los balances y estados de pérdidas y ganancias, etc. A tal punto no es sujeto de obligaciones, mas sí sus socios, ya que la matrícula no obliga a la sociedad de hecho sino a los asociados, como lo establece el último párrafo del artículo 31 del citado Código.

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

d) No puede esta Entidad decretar la disolución de la sociedad al tenor del artículo 500 del Código de Comercio, toda vez que del contenido del mismo se desprende que la Superintendencia sólo puede hacer uso de esa facultad en el evento de que una sociedad comercial se constituya por escritura pública y cumpla con ciertos requisitos legales.

e) La práctica de visitas con inspección de libros, que es el medio como mejor puede cumplir sus funciones de vigilancia la Superintendencia, tampoco puede emplearse respecto de las sociedades de hecho, puesto que las cuestiones que han de ser investigadas por su medio, tienden en general a establecer si el funcionamiento de la sociedad es regular, es decir, si se ajusta a las disposiciones legales y a sus propios estatutos que son las que se plasman en la escritura pública de constitución y en las reformas y de las cuales carece la sociedad de hecho.

(Oficio EX-01680, Febrero 23 de 1981)

VII - SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

1. APRECIACIONES Y CRITERIOS QUE HAN SURGIDO EN TORNO A SU NATURALEZA JURIDICA.

La sociedad de responsabilidad limitada parece haberse originado en Alemania con motivo de la expedición de la ley del 22 de abril de 1892,

Superintendencia de Sociedades
DOCTRINAS

inspiradora de la ley austriaca (1906). En América, señalan los comentaristas, los primeros países que la ubicaron en sus legislaciones fueron Brasil en 1919 y Chile en 1923. Otros afirman que la verdadera génesis de esta forma asociativa, se remonta al sistema de compañías privadas existentes con anterioridad a la ley alemana en Inglaterra.

Entre nosotros, se reguló inicialmente por medio de la Ley 24 de 1937. Es de anotar que su advenimiento a nuestro derecho positivo, provocó prácticamente una casi total respuesta favorable, toda vez que se dieron numerosas transformaciones de sociedades en nombre colectivo al nuevo tipo social y se constituyeron muchas bajo su molde jurídico, atraídas por evidentes ventajas, cuales fueron la simplicidad de los requisitos legales para su constitución y la sencillez de su estructura.

En cuanto alude a la naturaleza jurídica de esta clase de compañía, son muchas las apreciaciones y criterios que han surgido. Pero ha de tenerse en cuenta que a ese propósito no se configura propiamente un denominador común, como secuela de la heterogeneidad de las codificaciones mercantiles. En otros términos, esa falta de uniformidad doctrinaria se debe a que los diversos estados que consagran esa sociedad en su derecho, tomaron como fundamento ángulos y circunstancias productores de importantes variaciones. Al respecto comenta el profesor Hernán Villegas Sierra:

"Para algunos se trata de una sociedad de personas; para otros, la sociedad es del grupo capitalista; hay quienes la consideran perteneciente a la categoría de las sociedades por interés (5) y quienes la miran como parte de una categoría especial de las sociedades por cuotas. Comúnmente se la sitúa en un plano intermedio entre las sociedades de personas y las de capital, sin faltar quienes la consideren una especie de pequeña anónima. A veces se la concibe como una sociedad de carácter mixto o como una especie societaria híbrida". (Régimen Legal de la Sociedad de Responsabilidad Limitada 1a. Edd. 1982, pág. 13).

Así las cosas, lo dúctil que pueda predicarse de esta sociedad, permite establecer cláusulas estatutarias que se inclinen hacia el factor del capital o al personal, sin que ello implique el desbordamiento de los marcos legales que la reglamentan en cada nación.

Ahora bien, nuestra legislación no contiene una definición del tipo societario que nos ocupa. Ello es perfectamente explicable, si no se pierden de

vista las dificultades que en términos de posibles imprecisiones toda definición entraña. No obstante, del cuerpo de las normas que regulan la materia, es posible extraer sus características esenciales para los fines que interesan a la inquietud presentada. El citado profesor Villegas Sierra ofrece una certera descripción de este ente societario en la forma siguiente: "...la sociedad de responsabilidad limitada se formará por la reunión de un fondo común suministrado por asociados responsables hasta el monto de sus respectivos aportes, salvo que todos o algunos de ellos estipulen mayor responsabilidad, cuyo capital estará dividido en cuotas de igual valor, e íntegramente pagado; será administrada y representada por los mismos socios, a menos que dichas funciones se deleguen en gestores temporales y revocables, y tendrá una denominación o razón social seguida, en ambos casos, de la palabra "limitada" o de su abreviatura Ltda. (op.. cit. págs. 17 y 18)

Como notas que vale la pena poner de relieve en este tipo social tenemos las siguientes:

a. El número de socios no puede exceder de veinticinco, so pena de incurrir en causal de disolución susceptible de ser enervada;

b. Como se desprende de su propia denominación, la responsabilidad de los socios se limita al monto de sus respectivos aportes al igual que en la sociedad anónima; pero existe la posibilidad de convenir contractualmente responsabilidades adicionales.

c. Prevalece en ella el intuitus personae, es decir, se orienta generalmente hacia el tipo cerrado de asociación, si bien es cierto que, con el transcurso del tiempo, la significación económica de muchas compañías que adoptan esta modalidad, van opacando tal característica.

d. El capital social debe pagarse íntegramente al constituirse la compañía y, también, al solemnizase cualquier aumento del mismo.

e. En lo no previsto en el Libro 2o. Título 5o. del Código de Comercio, contentivo de las normas específicas de la sociedad de responsabilidad limitada, en las generales y en sus estatutos, se rigen por las normas sobre sociedades anónimas (artículo 372 del Código de Comercio).

(Oficio DAL-02273, Febrero 6 de 1990).

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

2. NORMATIVIDAD LEGAL A LA QUE DEBEN SUJETARSE LOS ESTATUTOS SOCIALES DE UNA COMPAÑIA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA EN ORDEN A DETERMINAR EL GRADO DE LIBERTAD DE QUE GOZAN LOS PARTICULARES PARA EFECTOS DE LA ELABORACION DE LOS REFERIDOS ESTATUTOS.

Es necesario precisar la normatividad legal a la que deben sujetarse los estatutos sociales de una compañía de responsabilidad limitada, en orden a determinar el grado de libertad de que gozan los particulares para efecto de la elaboración de los referidos estatutos.

En primera instancia hay que tener en cuenta que al tenor de los artículos 371 y 372 del Código de Comercio, las reglas aplicables a este tipo societario son en primer término las previstas en el Título V. Libro Segundo del citado Código; en segundo lugar, aunque el mencionado artículo no lo señala, deben aplicarse las normas generales consagradas en los Títulos I y II del mismo libro y en tercer lugar, en materia de balances de fin de ejercicio, reparto de utilidades y reserva legal hay lugar a aplicar las normas pertinentes de la sociedad anónima.

Ahora bien, en aquellos asuntos no contemplados en las disposiciones legales aludidas, debe concluirse que existe libertad contractual por parte de los particulares para prever las estipulaciones que a bien tengan toda vez que así se desprende de los artículos 371 y 372 nombrados, pues conforme a este último, las normas que rigen a la sociedad anónima, salvo las señaladas sólo se aplican en aquellos asuntos en que los estatutos sociales guarden silencio.

Partiendo de la base de que no existe norma legal que obligue a las sociedades limitadas a consagrar en sus estatutos la existencia de la Junta Directiva, se puede afirmar que con respecto a su establecimiento y regulación existe libertad contractual, salvo en los asuntos referentes a la forma de elección y a la duración de sus miembros en el cargo, pues estando estos regulados en las normas generales a las que se hizo mención, a ellas deben atenerse necesariamente.

De otra parte y a título de comentario general no sobra anotar que no es procedente consagrar en los estatutos clases de socios distintas a las previstas en la ley comercial, de acuerdo con lo cual, en la sociedad limitada sólo es dable hablar de socios capitalistas, entendiendo por tales los que aportan dinero u otros bienes apreciables en dinero, y de socios industriales, siendo éstos aquellos que aportan su trabajo personal o la industria. (Oficio SL-12848 junio 30 de 1987).

3. DENOMINACION SOCIAL, CAPACIDAD Y OTROS ASPECTOS LEGALES DE SU CONSTITUCION.

1 De conformidad con los artículos 110 numeral 2o. y 357 del Código de Comercio para efectos de la razón o denominación de una sociedad constituida bajo la forma de sociedad limitada, existe como previsión el que la misma esté seguida por la palabra "limitada" o por su abreviatura "Ltda"., siendo del caso señalar que será razón social si el nombre de la sociedad se forma con el nombre completo o el sólo apellido de alguno o algunos de los socios y denominación social, si éste se forma con base en la actividad principal a desarrollar por parte de la sociedad, teniendo en cuenta que según los artículos 606 y 607 ibídem no puede utilizarse como nombre comercial una denominación que sea contraria a las buenas costumbres, al orden público o que pueda engañar a terceros sobre la naturaleza de la actividad de la compañía o que sea igual o similar a un nombre comercial ya usado para el mismo ramo de negocios.

Así también existe el Decreto 1997 de 1988, según el cual no se puede utilizar dentro del nombre de una sociedad sustantivos que indiquen genérica o específicamente el ejercicio de una actividad financiera o adjetivos o abreviaturas que la costumbre mercantil reserve a instituciones financieras, las cuales están reservadas únicamente para aquellas entidades a las que se refiere el mencionado decreto, como son las que debidamente autorizadas, tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de dineros provenientes del ahorro privado, así como las dedicadas a la realización de operaciones de leasing o factoring.

2. En principio todas las sumas que ingresan a la sociedad se obtienen por concepto del desarrollo de su objeto social, sin embargo puede darse el caso de sumas recibidas en virtud de donaciones, legados, etc. las cuales han de tenerse dentro del estado de pérdidas y ganancias como ingresos extraordinarios y dirigirse a utilidades, lo cual no implica que necesariamente deban ser distribuidas entre los socios en su totalidad puesto que según el artículo 155 del Estatuto Mercantil, sólo es obligatorio repartir el 50% de ellas, mientras que del 40% restante, teniendo en cuenta el 10% que se destina para la reserva legal, se puede disponer libremente para su capitalización o para la constitución de una reserva ocasional, la que ha de tener una destinación específica.

3. Esta Superintendencia ha considerado que es posible pactar estatutariamente la exclusión de socios, en la sociedad limitada, pero ésta sólo puede darse en virtud de las causales legales previstas en los artículos 125, 296, 297, 298 y 365 del Ordenamiento Mercantil, sin que sea posible la inclusión de

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

otras, puesto que se ha entendido que cuando se trata de normas sancionatorias no es dable su extensión por vía estatutaria ya que esto repugnaría a la norma contenida en el artículo 31 del Código Civil.

4. El artículo 99 del Estatuto Mercantil circunscribe la capacidad de la sociedad al desarrollo de su objeto social y a los actos directamente relacionados con el mismo; por consiguiente, a menos que se encuentre pactada como actividad principal la participación en otras sociedades, la compañía solo podrá tomar parte en aquellas, cuando sean sociedades que posean un objeto igual o similar al suyo, lo cual no es determinable por la denominación social ya que el hecho de que otras compañías posean términos sinónimos dentro de su denominación social, no implica necesariamente que se dediquen a actividades afines.

(Oficio SL-1038, Enero 22 de 1991).

4. EL CAPITAL SOCIAL EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

1. Qué es el capital social de una sociedad comercial limitada?

El capital social en este tipo de sociedades de responsabilidad limitada es el que se conforma con los aportes realizados por los socios en un momento determinado, bien sea que dichos aportes sean en dinero o en especie previa valoración pecunaria y en tal virtud se transfiere a la compañía el dominio sobre los bienes muebles o inmuebles que se aporten, de modo que estos pasan a formar parte del patrimonio de la persona jurídica, quien a su vez usa, disfruta y dispone de esos bienes que conforman su patrimonio, teniendo en cuenta que la sociedad una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (artículo 98 idem).

El capital social, según el artículo 354 del Código de Comercio, debe necesariamente pagarse íntegramente al constituirse la sociedad o cuando se realicen aumentos posteriores. Es la razón por la cual no forman parte del mismo ni el aporte de industria o el trabajo personal de un asociado (artículo 137 ibídem); así mismo, una vez formado el capital se divide en cuotas de igual valor nominal señalado previamente en los estatutos.

2. Qué condición tiene el capital social dentro de la sociedad, si es un activo o es un pasivo de la sociedad?.

De acuerdo con la estructura del balance tenemos:
Activo = Pasivo externo + patrimonio.

Ahora bien, dentro del patrimonio tenemos el capital social, de donde se colige que contablemente no es un activo ni un pasivo externo de la sociedad.

No sobra anotar que el capital social, como aporte directo efectuado por los asociados, se puede considerar como una deuda interna de la compañía, es decir a favor de sus socios, como quiera que la sociedad, como lo hemos manifestado una vez constituida legalmente forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, entre quienes al liquidarse deberá repartirse el remanente social.

Ahora bien, como lo hemos expuesto, el capital social se conforma con los aportes realizados por los socios a la compañía, en bienes muebles e inmuebles, lo que hace que cada persona de acuerdo con lo aportado adquiera una participación porcentual en el capital de la compañía por medio de cuotas sociales de igual valor nominal. El mismo es el que da inicio a la compañía o de otro modo el que impulsa para realizar determinadas actividades que hacen que la sociedad contraiga obligaciones, adquiera bienes, es decir acreciente un patrimonio social.

Por su parte, en relación con el embargo entendido éste como "un acto jurisdiccional por excelencia, encaminado a colocar un bien fuera del comercio en forma tal que una vez practicado se logra su completa inmovilización en el mundo del negocio jurídico..." según la definición del Dr. Hernán Fabio López Blanco (Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Tomo I Parte General), cabe precisar que el capital social no es un bien y por tal razón no puede ser susceptible de embargo, no obstante que sí puede recaer independientemente sobre los activos de la compañía, o sobre ciertos bienes que ésta posea en un momento determinado.

Cosa distinta es el embargo de las cuotas que correspondan a una persona como contraprestación a los aportes que ha realizado en una compañía al ingresar a ella, los cuales dejan de pertenecerle para hacer parte en lo sucesivo del patrimonio de la persona jurídica que recibe lo aportado. Estas cuotas son de propiedad de cada uno de los asociados y los faculta para ejercer los derechos

Superintendencia de Sociedades
[illegible]

inherentes a su calidad de socios. Sobre las mismas sí puede consumarse el embargo, bien sobre las que pertenezcan a un asociado o sobre la totalidad de las que conformen el capital social, entendiendo que sobre las cuotas de cada asociado ha recaído individualmente un embargo.

Hechas estas distinciones, procede recordar que el embargo de las cuotas que posee una persona en una sociedad de responsabilidad limitada, se realiza mediante la inscripción de tal medida en la Cámara de Comercio respectiva, para lo cual la autoridad competente debe expedir la providencia correspondiente (artículo 681, numeral 78 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con el artículo 28, numeral 8 de la Legislación Mercantil) y una vez inscrito el embargo, es preciso informar dicha medida al representante legal de la compañía para que lo haga constar en el libro de registro de socios (artículo 361 del Código de Comercio).

(Oficio 220-25790, 18 de septiembre de 1992).

5. EN ELLAS TAMBIEN TIENEN OPERANCIA LAS REUNIONES POR DERECHO PROPIO Y DE SEGUNDA CONVOCATORIA, ASI COMO EL QUORUM CONFORMADO POR CUALQUIER NUMERO PLURAL DE ASOCIADOS CON EXCEPCION DE LOS CASOS EN QUE LA LEY O LOS ESTATUTOS EXIJAN UNA MAYORIA ESPECIAL.

En relación con las sociedades limitadas, se formulan las siguientes inquietudes:

"1 Si el artículo 422 del Código según el cual la Asamblea General de Accionistas se reunirá por derecho propio el primer día hábil del mes de abril a las 10:00 a.m. en las oficinas del domicilio principal donde funciona la administración de la sociedad, es aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada, cuando en sus estatutos no se hubiere pactado.

2 Si el artículo 429 del Código de Comercio según el cual la Asamblea de Accionistas reunida por derecho propio conforme con el artículo 422 citado, puede sesionar y decidir validamente cualquiera que sea la cantidad de acciones que esté representada, es aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada.

3 En las reuniones por derecho propio que verifique una sociedad de responsabilidad limitada, se requiere la presencia de un quórum superior al 50% de las cuotas en que se divide el capital social.

4. Si los estatutos sociales de una compañía de responsabilidad limitada proveen que determinadas decisiones se adopten con una mayoría superior al 75% de las cuotas sociales, pueden adoptarse esas mismas decisiones con solo el 50% de tales cuotas sociales cuando la Junta de Socios se reúna por derecho propio.

5. Si la Junta de Socios de una compañía de responsabilidad limitada, reunida por derecho propio con la presencia del 50% de las cuotas sociales, puede adoptar las siguientes determinaciones:

a) La venta del activo cuya explotación constituye el objeto social de esa compañía, con lo cual la coloca en causal de disolución;

b) No repartir utilidades;

c) Excluir de la sociedad a los socios no presentes en la reunión".

Al respecto, se procede a analizar cada una de las anteriores inquietudes, en el mismo orden en que se han planteado.

1. Evidentemente, cuando en los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada no se pacta lo referente a la reunión por derecho propio, ésta tiene plena operancia siempre que debiendo tener ocurrencia la reunión ordinaria dentro de los tres primeros meses del año, la misma no es convocada, y en tal virtud pueden los asociados de la compañía respectiva reunirse por derecho propio el primer día hábil del mes de abril a las 10:00 a.m. en las oficinas del domicilio principal donde funcione la administración de la sociedad, todo ello de acuerdo con el articulo 422 del Código de Comercio.

Lo anterior se sustenta en el artículo 372 ibídem, según el cual en lo no previsto en el Título que regula la sociedad de responsabilidad limitada, ni en los estatutos de la compañía, deben aplicarse las disposiciones de las sociedades anónimas, obviamente en la medida en que sean compatibles con la naturaleza jurídica de aquel tipo societario, compatibilidad que indudablemente tiene la reunión por derecho propio, más aún si se tiene en cuenta que las razones que llevan a la operancia de este tipo de reunión en la sociedad anónima, son igualmente predicables respecto de la compañía de responsabilidad limitada.

Significa lo anterior que sólo cuando en los estatutos expresamente así se ha estipulado, o cuando no habiéndose hecho así, se ha pactado la reunión

Superintendencia de Sociedades
DOCTRINA

ordinaria para una época que va más allá de los tres primeros meses del año, es cuando no procede en la sociedad de responsabilidad limitada la clase de reunión que se está comentando.

2 Según lo ha expresado esta Entidad "La disposición de que trata el artículo 429 del Código de Comercio, en lo que se refiere a las reuniones de segunda convocatoria y al quórum conformado por cualquier número plural de asociados aplicable en tales reuniones, así como en las reuniones por derecho propio de las que trata el artículo 422 ibídem, tiene también operancia en las sociedades de responsabilidad limitada, no obstante hallarse aquélla contenida en el título correspondiente a las sociedades anónimas.

Tal afirmación tiene su sustento, entre otras, en que el artículo 186 del estatuto mercantil, que por su ubicación en el Título I del Libro II de dicho Estatuto, contentivo de las reglas generales aplicables a todas las clases de sociedades mercantiles, resulta igualmente predicable respecto de todas ellas, consagra que salvo los casos en que la ley o los estatutos señalen una mayoría especial, "las reuniones de socios se celebrarán de conformidad con las reglas dadas en los artículos 427 y 429".

Ahora bien, como las reglas generales aludidas son de forzosa aplicación en todos los tipos societarios, a no ser que en el Título correspondiente a cada uno de ellos exista norma especial sobre el punto pertinente, según reza el artículo 259 ibídem, es preciso señalar que las reglas previstas en el artículo 429 citado, como es la referente al quórum allí indicado, fueron incorporadas por mando legal a la normatividad a la cual deben sujetarse las sociedades de responsabilidad limitada y por tal razón, cuando en una de estas sociedades, se convoque a la Junta de Socios y esta no pueda sesionar por falta de quórum, quien convocó, indefectiblemente debe citar a una reunión de segunda convocatoria en los términos del artículo 429 en comento, en la cual podrá sesionarse y decidirse con cualquier número plural de socios presentes o debidamente representados, sin interesar el número de cuotas de que sean titulares, quórum este perfectamente aplicable cuando por expresa disposición de los estatutos sociales o por silencio de estos, la Junta de Socios deba reunirse por derecho propio.

Valga la pena comentar que no por el hecho de que el artículo 359 del Código Mercantil disponga que en las reuniones de la Junta de Socios, las decisiones deban tomarse por un número plural de ellos que represente por lo menos la mayoría absoluta de las cuotas en que se divida el capital social de la

compañía, puede negarse la aplicabilidad en estas sociedades del quórum que consagra el tan nombrado artículo 429, pues al paso que ésta es una norma especial que sólo opera en determinadas clases de reuniones que realmente tienen un carácter excepcional, aquélla es de orden general, en la medida en que su ocurrencia debe darse en el común o generalidad de las reuniones.

3. Como se dijo en el punto anterior, cuando la Junta de Socios de una compañía de responsabilidad limitada se reúna por derecho propio en la fecha, hora y lugar indicados en el artículo 422 mencionado, claro está siempre y cuando sea procedente esta clase de reunión tal como ya se anotó, bien puede sesionar con cualquier número plural de socios, sin importar el porcentaje de capital que represente.

4. Conforme al artículo 186 ya citado, las reglas de los artículos 427 y 429 son aplicables "con excepción de los casos en que la ley o los estatutos exijan una mayoría especial", lo que conlleva a concluir que la disposición legal primeramente invocada en este párrafo, deja a salvo de la mayoría excepcional que sugiere el artículo 429, aquéllos asuntos para los cuales, por disposición legal o por voluntad de los asociados dispuesta en los estatutos sociales, se ha señalado una mayoría distinta a la aplicable a todos los asuntos en general, es decir, una mayoría diferente a aquella con la cual deben adoptarse la generalidad de las decisiones.

Por consiguiente si en unos estatutos sociales de una compañía del tipo al que nos venimos refiriendo se ha previsto para determinadas decisiones una mayoría especial del 75% de las cuotas sociales en que se divida el capital social; debe responderse que dicha mayoría debe respetarse en cualquier clase de reunión y en tal virtud, si en una reunión por derecho propio los socios que participan en la misma no alcanzan a representar dicho porcentaje, el asunto sujeto a la referida mayoría no podría aprobarse válidamente.

5. Tal como ya se indicó, cuando la Junta de Socios se reúne por derecho propio, la misma puede deliberar con cualquier número plural de asociados sin importar el número de cuotas representadas, pudiendo igualmente tomar decisiones como claramente lo permite el artículo 429, pues si no fuese así, sería un contrasentido que se pudiese deliberar pero no decidir, de manera que en cada clase de reunión la mayoría decisoria ordinaria que consagra el artículo 359 mencionado no opera, y en su defecto, las decisiones podrán adoptarse con la mayoría absoluta de las cuotas sociales representadas en la reunión, siempre y

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

cuando la misma provenga de un número plural de socios, pues el requisito de la pluralidad, no sufre mengua en este tipo de reuniones.

Ahora bien, las decisiones que pueden tomarse con dicha mayoría excepcional son únicamente aquellas que están sujetas a las mayorías generales o comunes, pues las que están sometidas a mayorías especiales, como ya se dijo, siempre deben adoptarse con éstas.

En este orden de ideas, como la venta de activos de la sociedad es un asunto que por ley ni siquiera está sujeta a la aprobación del Máximo órgano Social, si en los estatutos sociales, habiéndose atribuido a la Junta de Socios tal facultad no se ha fijado para la decisión correspondiente una mayoría especial, la misma puede adoptarse en una reunión por derecho propio con la mayoría excepcional que se ha comentado.

En cuanto al no reparto de utilidades, sea de señalar que el artículo 155 del Estatuto Mercantil prevé para tal asunto una mayoría conformada por el setenta por ciento (70%) de las cuotas sociales representadas en la Junta de Socios, y no en las que se divide el capital social, de forma que este tipo de decisión bien puede tomarse en una reunión por derecho propio, pero para tal evento se requeriría ya no la mayoría absoluta de las cuotas representadas sino el 70% aludido de tales cuotas.

Finalmente, y en lo que respecta a una decisión de exclusión de uno o más socios tomada en una reunión de tal naturaleza, sea lo primero manifestar que a juicio de este Despacho, dicha sanción sólo opera en los casos claramente determinados en la Ley para esta clase de sociedades, y también por las causales previstas para la sociedad colectiva, pero en la medida de que estas sean expresamente pactadas en los estatutos sociales, y lo segundo, que por conllevar la exclusión una reforma estatutaria para la cual la Ley tiene consagrada una mayoría especial según reza el artículo 360 del Código de Comercio, ella no puede aprobarse con la mayoría excepcional propia de las reuniones de segunda convocatoria y por derecho propio.

(Oficio SL-1035, Enero 22 de 1991).

6. EL NO PAGO DE LA TOTALIDAD DEL CAPITAL EN EL MOMENTO DE SU CONSTITUCION NO AFECTA LA EXISTENCIA, VALIDEZ, NI EFICACIA DE LA MISMA, COMO TAMPOCO LOS ACTOS POR ELLA REALIZADOS EN EJERCICIO DE SU OBJETO.

Conforme con lo previsto en el artículo 355 del Código de Comercio, cuando se compruebe que las aportaciones en una sociedad de responsabilidad limitada no han sido canceladas en su integridad, la Superintendencia de Sociedades deberá exigir bajo apremio de multas hasta de cincuenta mil pesos, el pago de tales aportes y ordenar la disolución de la sociedad, sin perjuicio de que la responsabilidad de los asociados sea deducida como en la sociedad colectiva. La intervención del mencionado organismo estatal, tiene lugar aún respecto de compañías de responsabilidad limitada que no se encuentren sometidas a su inspección y puede ser oficiosa, o tener origen a solicitud de cualquiera de los socios o de cualquier persona que ostente interés jurídico.

En materia de responsabilidad de los socios, según se desprende del precepto que se examina, ella se deduce, según lo dicho, como corresponde a los asociados de las compañías colectivas, vale decir, solidaria e ilimitadamente, como lo dispone para el caso el artículo 294 del Código de Comercio. Tal responsabilidad tiene carácter subsidiario, pues sólo es deducible contra los socios cuando se demuestre, aún extrajudicialmente, que la compañía ha sido requerida vanamente para el pago.

Ahora bien, en cuanto alude a los fenómenos jurídicos relacionados con la existencia y validez de la sociedad, y si bien el pronunciamiento de rigor no compete a esta entidad sino a la justicia ordinaria, en cada caso particular, conviene observar respecto de la primera, que el artículo 98 del Código de Comercio indica las condiciones esenciales o de existencia del contrato de la sociedad y, por ende, de la compañía misma, a saber: pluralidad de los asociados, ánimo de asociarse, aportes de los mismos y vocación de participar en las utilidades que resulten del ejercicio del objeto social. No obstante, en principio, nuestra legislación admite la subsistencia de la sociedad de responsabilidad limitada, pese a la circunstancia de no haber pagado en su integridad el capital, pero somete a los socios, a las sanciones que han quedado expuestas en el aporte anterior.

De otro lado, en lo atinente a la validez del contrato respecto de cada uno de los socios requiere, de acuerdo con el artículo 101 de la obra citada, que de su parte exista capacidad legal para asociarse, consentimiento exento de error

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

esencial fuerza o dolo y además, que las obligaciones contraídas tengan objeto y causa ilícitos. En la misma disposición se anota que se entiende por error esencial aquel que versa sobre los móviles determinantes del acto o contrato, comunes o conocidos por las partes. Respecto del objeto y causa ilícitos el artículo 104 - inciso 3o.- ibídem señala que habrá objeto ilícito cuando las prestaciones a que se obligan las partes del contrato o la empresa o la actividad social, sean contrarías a la ley o al orden público. Se estará frente a la causa ilícita "...cuando los móviles que induzcan a la celebración del contrato contraríen la ley o el orden público y sean comunes o conocidos por todos los socios".

El punto de la eficacia da lugar a afirmar que no existe dentro de la regulación de nuestro derecho mercantil, norma alguna que sancione como ineficaces los actos u operaciones de la sociedad de responsabilidad limitada, cuando no se ha cubierto la totalidad de los aportes. Lo dicho cobra mayor fuerza, si no se pierde de vista, como ya se hizo notar, que en tal situación la responsabilidad de los asociados se deduce como en la compañía colectiva.

(Oficio DAL-28106, Oct. 31 de 1991).

7. EN LA LEGISLACION MERCANTIL NO EXISTE DISPOSICION QUE OBLIQUE A LOS SOCIOS A TOMAR UN SEGURO DE VIDA COMO MECANISMO DE GARANTIA PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION A CONTRAER POR LA SOCIEDAD.

Conforme al artículo 98 del Código de Comercio toda sociedad constituye una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, de forma tal que aquélla surge y funciona como un ente autónomo e independiente de éstos. Ahora bien, tratándose de una compañía de responsabilidad limitada, debe tenerse en cuenta que la responsabilidad de los socios se limita al monto de sus respectivos aportes, salvo que estatutariamente se pacte expresamente para todos o alguno de ellos una responsabilidad mayor o prestaciones accesorias o garantías suplementarias (artículo 353 del mismo código).

Por lo anterior, debe señalarse, en principio, que la ejecución de los actos y la celebración de los contratos que deba llevar a cabo la sociedad de responsabilidad limitada para el desarrollo de su empresa social, no implica para los socios la vinculación en los mismos, quienes por lo tanto, son ajenos aquéllos en la medida en que en virtud de éstos no comprometen su responsabilidad, a no ser que se de alguna de las salvedades indicadas en el párrafo precedente.

De lo anterior se deduce que desde el punto de vista de la legislación que rige la sociedad mercantil, no existe disposición que obligue a los socios de una sociedad limitada, solicitante de un crédito en una corporación financiera, a tomar un seguro de vida como un mecanismo de garantía para el cumplimiento de la obligación a contraer por la sociedad, pues por el simple hecho de ser socio de ésta no se adquiere frente a dicha obligación, responsabilidad personal, tal como ya se anotó.

No obstante lo anterior, es necesario precisar que dado que nos encontramos dentro del ámbito del derecho privado las partes intervinientes en un negocio jurídico determinado tienen plena libertad para pactar en el mismo todo aquello que no vaya contra la ley, la moral y las buenas costumbres, por lo cual, en un momento dado sería facultativo de la entidad prestamista exigir dicho seguro como uno de los requisitos para otorgar el respectivo crédito, de tal manera que si el solicitante no está de acuerdo con esta condición la corporación puede optar por no conceder el crédito.

Claro está que no existiendo el pacto estatutario sobre mayor responsabilidad o de prestaciones accesorias o el de garantías suplementarias, en virtud del cual uno o varios socios estén obligados a compartir con la sociedad la responsabilidad frente a determinadas obligaciones que ésta pueda contraer, la exigencia del seguro referido sólo se justificaría en la media que el asociado, en razón de un negocio jurídico distinto al del contrato de sociedad, se haya comprometido autónomamente con la obligación respectiva; tal sería el caso de que le sirviera de codeudor a la sociedad, pues no dándose ninguna de las circunstancias aquí señaladas, los socios son ajenos a dicha obligación.

En cuanto a la obligación de los socios de suscribir los documentos constitutivos del crédito, ésta operaría solamente en dos casos, pero con efectos distintos a saber:

a. Cuando los socios han dejado parcialmente en cabeza de ellos la representación legal de la sociedad, como cuando estatutariamente se ha pactado que la sociedad tenga un gerente para cumplir solamente determinadas funciones, conservando los socios la facultad para el ejercicio de otras, caso en el cual la suscripción de los anotados documentos por parte de los socios debe exigirse con la finalidad de vincular a la sociedad, mas no para obligarse ellos personalmente.

b. Cuando con ocasión precisamente de la previsión del artículo 353 citado, se ha pactado para los socios o algunos de ellos garantías suplementarias en

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

virtud de las cuales están obligados por ejemplo a servir de garantes de la sociedad, evento en el cual la suscripción del documento origina el vínculo personal del socio con la obligación contraída.

Pese a lo anterior, si no se da ninguno de los casos señalados, tal circunstancia no es óbice para que la Entidad prestamista, dado el ámbito del derecho privado dentro del cual se desenvolvería el negocio jurídico que estamos comentando y tal como ya se dijo, pueda exigir como garantías adicionales para el otorgamiento del crédito, que los socios deban suscribir los documentos referidos, pero en este evento ello no constituiría una obligación legal o estatuaria como en los casos precedentes sino un acto de colaboración o servicio a la sociedad.

(Oficio SL-07178, 2 de mayo de 1989).

8. LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA CONSTITUÍDAS CON SÓLO DOS SOCIOS NO SE DISUELVEN AL OCURRIR EL FALLECIMIENTO DE UNO DE ELLOS, SALVO QUE EN EL CONTRATO SOCIAL SE HAYA ESTIPULADO QUE LA COMPAÑÍA NO CONTINÚA CON LOS HEREDEROS DEL SOCIO DIFUNTO; NI PIERDEN LA CAPACIDAD PARA CONTINUAR EJERCIENDO SU OBJETO SOCIAL. LA REPRESENTACIÓN DE LAS CUOTAS SOCIALES DEL "DE CUJUS" CORRESPONDE EN TERMINOS GENERALES, A LOS HEREDEROS A TRAVÉS DEL REPRESENTANTE POR ELLOS ELEGIDO.

El artículo 218 del Código de Comercio señala las causales de disolución de la sociedad comercial, y en el numeral 3o. consagra como tal la reducción del número de asociados a menos del exigido por la ley para su formación o funcionamiento (pluralidad mínima), puesto que en nuestro país no son posibles en la actualidad las sociedades unipersonales, según se desprende nítidamente del artículo 98 inciso 1o. ibídem en donde se lee:

"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".

Ahora bien, no nos encontramos propiamente ante la desaparición de la citada pluralidad mínima de asociados, cuando en el contrato social se estipula que la compañía continuará con los herederos del socio difunto; es decir, en el

evento que se comenta con los hijos del causante y los padres de éste. Desde luego que la cláusula en cuestión no admite reparo alguno, porque el artículo 368 del Código Mercantil así lo permite. En efecto, esta disposición que forma parte de las reguladoras de la sociedad de responsabilidad limitada, empieza advirtiendo que "la sociedad continuará con uno o más de los herederos del socio difunto, salvo estipulación en contrario...".

Así entendidas las cosas, es preciso insistir en que la muerte del socio, no trae como consecuencia inmediata la disolución de la sociedad, porque tal hecho no la coloca dentro de los casos que indica el artículo 218 del Código mencionado.

Según se dijo en el aparte anterior, la pluralidad mínima de asociados en ese supuesto, continúa presente en la compañía, lo cual permite afirmar que la validez de los negocios jurídicos realizados en nombre de la misma no se afecta por el fallecimiento del socio. En otros términos, la persona moral continúa con la capacidad para ejecutar todos aquellos actos propios de su objeto social, tal como se desprende del artículo 99 del Código de Comercio.

En cuanto al momento a partir del cual los herederos tienen derecho a participar en la junta de socios, cabe señalar que ello da lugar a las consideraciones siguientes;

En términos elementales, puede afirmarse que el fallecimiento de una persona apareja consecuencias jurídicas en cuanto al destino de su patrimonio. En efecto, tal patrimonio, a través de la figura compleja de sucesión, se transmite a otra u otras personas sobrevivientes con arreglo a la voluntad del difunto o de cujus (sucesión testamentaria), o conforme con las normas legales (sucesión intestada o abintestato), según lo previsto al respecto en el artículo 1.009 del Código Civil en donde se lee: "Si se sucede en virtud de un testamento, la sucesión se llama testamentaria, y si en virtud de la ley, intestada o abintestato".

"La sucesión de los bienes de una persona difunta puede ser parte testamentaria y parte intestada". Ahora bien, para los fines del interrogante planteado, importa determinar, primordialmente, cuándo se entiende abierta la sucesión en los bienes del causante. Pues bien, ello ocurre coetáneamente con el hecho natural de su muerte, según lo advierte el artículo 1012 -inciso primero- del código citado, a cuyo tenor "La sucesión de los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio...". Además, ha de tenerse en cuenta el concepto de asignaciones por causa de muerte, o sea aquéllas que "...

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

hace la ley o el testamento de una persona difunta para suceder en sus bienes", así como el de asignatario, vale decir, la persona a quien se hace la asignación. (art. 1010 op.cit). Complementan las dos últimas nociones las de heredero, que es el asignatario de herencia o a título universal (sucede al causante en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles o en una cuota de ellos) y legatario que es el asignatario de legado o a título singular (sucede al de cujus en una o más especies o cuerpos ciertos o en una o más especies de cierto género), todo esto de acuerdo con los artículos 1011 y 1008 del C.C.

Es menester que se indique además que para suceder a una persona se requiere derecho a ello o en otras palabras, poseer vocación hereditaria. Tal vocación se traduce en "...el hecho concreto de que alguien sea llamado a recoger bienes de una determinada sucesión, ya sea como heredero, ya como legatario" (Valencia Zea, Arturo -Derecho Civil -Tomo VI - Ed. Temis 1964, pág, 41 y 42).

Explica el profesor Valencia Zea que "En íntima conexión con la vocación hereditaria se encuentra la delación de la herencia. Según el artículo 1013 del Código "la delación de una asignación es el actual llamamiento a aceptar o repudiar la asignación se hace únicamente a quienes estén provistos de vocación hereditaria (op. cit. -pág. 42).

Por otro extremo, es del caso precisar que las personas con vocación hereditaria pueden aceptar la herencia en forma expresa o tácita, como lo señala el artículo 1298 del Código Civil. La norma invocada advierte que "La aceptación es expresa cuando se toma el título de heredero", y que es tácita si el heredero lleva a efecto algún acto que implique necesariamente su intención inequívoca de aceptar." ... y que no hubiera tenido derecho a ejecutar sino en su calidad de heredero".

Por manera que de acuerdo con lo dicho, quienes ostenten vocación hereditaria tienen derecho a aceptar la herencia a través de una de las dos formas anotadas. Con ese entendimiento se dirá que los herederos pueden participar en las reuniones de la asamblea o junta de socios a través de representante por ellos designado y a partir de la delación de la herencia, previa comprobación ante la sociedad de la muerte del causante y del hecho de poseer la citada vocación hereditaria. Con ello se está aceptando tácitamente la herencia, si se tiene en cuenta que tales actos, por su naturaleza, revelan la intención o la voluntad de hacerlo.

Para mayor inteligencia del asunto planteado, se considera oportuna la siguiente presentación esquemática, indicativa de las hipótesis que pueden acaecer, según se trate de sucesión testada o intestada:

1. ANTES DE ABRIRSE EL PROCESO SUCESORIO:

Si se trata de una sucesión testada puede suceder que el testador haya nombrado albacea o que no lo haya hecho. Cabe indicar que el albacea, llamado también ejecutor testamentario, es aquél a quien el testador ha dado el encargo de hacer ejecutar sus disposiciones (art. 1.327 C.C.). En el primer caso debe recordarse que el cargo de albacea empieza a tener operancia a partir de la muerte del testador y la administración que le compete desde la aceptación que dicho albacea haga del cargo expresa o tácitamente.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

"El cargo de albacea entra en vigor, como cualquiera otra disposición testamentaria, desde el momento de la muerte del testador; y la administración empieza desde que el ejecutor testamentario acepta expresa o tácitamente. No es exacto que el desempeño del albaceazgo no puede comenzar sino con el reconocimiento judicial del cargo y desde la notificación de la providencia correspondiente." (Cas. 30 abril 1920 XXVII, 27),

De suerte que en este evento el albacea puede representar las cuotas de la sucesión ilíquida, como queda dicho, desde el momento en el cual acepte su encargo, sin perjuicio de que si los herederos ignoran la circunstancia de la existencia de dicho albacea, que represente las cuotas de la sucesión, procedan conforme con el principio general atrás indicado.

En el segundo evento, se estará a lo normado en el artículo 1.328 del Código Civil, disposición ésta que dice:

"No habiendo el testador nombrado albacea, o faltando el nombrado, el encargo de hacer ejecutar las disposiciones del testador pertenece a los herederos". En cuanto a dichos herederos puede seguirse el precitado principio general".

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Si se está ante sucesión intestada, antes de la apertura del respectivo proceso, los herederos pueden hacerse representar en los términos de la regla general que se ha comentado.

2. *DURANTE EL PROCESO:*

En tratándose de sucesión testada y si se ha nombrado albacea, el artículo 378- inciso tercero del Código de Comercio establece que "El albacea con tenencia de bienes representará las acciones que pertenezcan a la sucesión ilíquida. Siendo varios los albaceas, designarán un solo representante, salvo que uno de ellos hubiere sido autorizado por el juez para tal efecto...".

Si no hay albacea, ordena el mismo precepto que "...llevará la representación la persona que elijan por mayoría de votos los sucesores reconocidos en juicio", norma ésta que es aplicable a la sucesión intestada.

En cuanto a si los herederos, por sí o por tercera persona pueden representar las cuotas sociales que pertenecieron al causante antes de la adjudicación en el proceso sucesorio ha quedado claro según lo expuesto que si es posible, siempre que se proceda conforme a las disposiciones citadas. Es de resaltar no obstante, el hecho de que antes de la partición, tales cuotas sociales pertenecen a la sucesión ilíquida y no a determinado heredero con lo que se quiere significar que es la sucesión la representada en estos casos y no heredero alguno.

3. *HERENCIA YACENTE:*

En las situaciones de herencia yacente se obrará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 581 del Código de Procedimiento Civil; allí se indica que "Si dentro de quince días de abrirse la sucesión no se hubiere aceptado la herencia o una cuota de ella, ni hubiere albacea con tenencia de bienes y que haya aceptado el cargo, el juez de oficio o a petición del cónyuge sobreviviente, de cualquiera de los parientes o dependientes del difunto o de quien pretenda promover demanda respecto de ella, declarará yacente la herencia, y le designará curador". Por lo demás, el curador tiene las obligaciones y deberes de secuestre y de las especiales que la ley señala. (op. cit 583).(Oficio OA-9116,Mayo 27 de 1981).

9. *LOS CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL SOBRE LAS CUOTAS EN LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA IMPLICAN UNA REFORMA ESTATUTARIA. LA CELEBRACION DE CONTRATOS DE FIDUCIA POR TODOS LOS SOCIOS CON UN SOLO FIDUCIARIO NO ES CAUSAL DE DISOLUCION.*

Conforme con lo previsto en el artículo 1266 del Código de Comercio, la fiducia mercantil es un negocio jurídico a través del cual una persona denominada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para dar cumplimiento a una finalidad determinada por el constituyente en provecho de éste o de un tercero que se llama beneficiario o fideicomisario (inciso 1o.).

Ante todo debe tenerse en cuenta que en la figura jurídica en cuestión tiene lugar una transferencia de bienes del fiduciante al fiduciario en los términos de la definición legal transcrita, de suerte que dicho difuciario es o se convierte en propietario formal de tales bienes hasta cuando se de cumplimiento a la finalidad pactada en el respectivo contrato. De lo que se acaba de expresar se infiere que la propiedad antedicha no puede ser considerada como absoluta, ya que se halla condicionada al destino o finalidad perseguida por el constituyente de la fiducia. Sobre este aspecto la Superintendencia ha dicho:

"... es de advertir que la adquisición de los bienes por parte del fiduciario presenta particularidades sui generis pues aquélla es hecha a título gratuito y precario. En efecto, el fiduciario recibe los bienes sin que por ellos haya pagado suma alguna y de otra parte, no adquiere el dominio pleno y absoluto a que se refiere el artículo 669 del Código Civil, pues no puede poseer tales bienes por más tiempo del señalado en el negocio fiduciario, o del estrictamente necesario para el cumplimiento del encargo. Tampoco puede ejercer para sí los actos inherentes al derecho del dominio, o sea los atributos de la propiedad (jus autendi, fruendi y abutendi). De lo últimamente dicho, se desprende una doble titularidad sobre los bienes fideicomitidos: la del fiduciario, como dueño aparente de los bienes (titularidad jurídica) y la del beneficiario como titular de los beneficios connaturales al carácter de dueño, con la anotación de que ellas coexisten autónomamente en torno a un mismo bien o bienes, ya que sus intereses y derechos versan sobre objetos diferentes.

"Consecuentemente con lo expuesto, el fiduciario está obligado a mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

correspondan a otros negocios fiduciarios (artículos 1228 y 1234 -ordinal 2o. C. de Co.). pues no debe olvidarse que conforme con el artículo 1233 ibídem, para todos los efectos legales los bienes fideicomitidos forman un patrimonio autónomo afecto al fin contemplado en el acto constitutivo, razón por la cual se dice que dicho patrimonio forma una universalidad de bienes con una afectación precisa que debe ser respetada según la ley". (Memorando OA-044-marzo 29 de 1985).

Ahora bien, importa destacar que las condiciones pactadas en el contrato de fiducia mercantil son indispensables para determinar los derechos que sobre los bienes correspondientes tienen el fiduciario, el beneficiario y los que se reserve el fideicomitente. Aquí es importante advertir que la transferencia de la propiedad constituye la diferencia fundamental entre la fiducia mercantil y el mandato o encargo fiduciario, donde encomendada una gestión la propiedad de los bienes entregados al fiduciario permanece en cabeza del fideicomitente.

Por otro extremo, debe tenerse presente que al examinar la estructura jurídica de las sociedades de responsabilidad limitada, se pone de relieve el hecho consistente en la importancia que en ella se da al carácter personalista, tratándose de la conformación de su capital y del procedimiento para la cesión de cuotas. De ahí que el artículo 362 inciso 2o. del Código de Comercio expresamente consagre que la cesión de las mismas implicaría una reforma estatutaria y que el instrumento notarial que la contenga debe ser otorgado por el representante legal de la sociedad, el cedente y el cesionario.

Como es suficientemente conocido, las reformas del contrato social obedecen a la necesidad de introducir al mismo ciertas variaciones en un momento determinado, cambios estos que tienen su origen en diversas circunstancias y que normalmente se orientan hacia un mejor y más provechoso funcionamiento de la compañía. Con lo anterior se quiere significar que si el legislador erigió en reforma estatutaria las cesiones de cuotas en las sociedades de responsabilidad limitada, es precisamente en razón a la preponderancia del elemento personal atrás mencionado, pues como reformas que son deben ser aprobadas por la junta de socios con el lleno de los requisitos legales y estatutarios que regulan la materia.

La fiducia mercantil, es cierto, no da al fiduciario la calidad de propietario absoluto de los bienes transferidos, sino la del titular de una especie de dominio que se circunscribe a la finalidad que se pacte en el contrato. Pero esa mutación o cambio de titularidad que se presenta entre fiduciante y fiduciario da lugar a que

se afirme que en concepto de este Despacho los contratos de fiducia mercantil sobre las cuotas en la sociedad de responsabilidad limitada implican una reforma estatutaria, cuya solemnización y registro mercantil deben efectuarse en obedecimiento a los preceptos legales pertinentes.

En cuanto a que si con fundamento en lo anteriormente expuesto, todos los socios de la compañía constituyen contratos de fiducia mercantil sobre sus cuotas, la sociedad entraría en causal de disolución, por quedar como titular de las mismas un patrimonio autónomo, es preciso aclarar que éste no tiene personalidad propia, pues su titular es el fiduciario respectivo. De otro lado, como de acuerdo con lo normado por el artículo 1233 del Código de Comercio, para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos han de mantenerse separados del resto del activo fiduciario, así como de los que correspondan a otros negocios de la misma índole, puede afirmarse que si los contratos objeto de comentario se celebran por todos los socios con un solo fiduciario, no por ello la sociedad se hallará incursa en causal de disolución. No está por demás indicar, que en este evento habrá tantos patrimonios autónomos como contratos de fiducia se hubieren celebrado.

(Oficio DAL-03738, 19 de febrero de 1992).

10. LA MUERTE DE UN SOCIO EN UNA COMPAÑIA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA NO ES CAUSAL DE DISOLUCIÓN SALVO PACTO EN CONTRARIO. SUS CUOTAS FORMAN PARTE DE LA SUCESION ILIQUIDA, CON LAS CUALES PUEDE APROBARSE LA DISOLUCION Y LIQUIDACION DE LA COMPAÑIA.

La muerte de un socio en una compañía de responsabilidad limitada, no conlleva a su disolución sino en virtud de estipulación estatutaria en ese sentido (artículo 368 del mismo Código).

Debe tenerse en cuenta que una vez constituída la sociedad, ésto es, formalizada mediante escritura pública, ella "...forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados". (artículo 98 ibídem).

Tampoco puede perderse de vista que la capacidad de la sociedad está dada por las actividades que están consignadas en su objeto social, que por lo general consagra más de una; además salvo excepciones, el desarrollo del objeto social no corresponde a los socios sino a los administradores.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Con lo anterior se quiere resaltar que la causal de imposibilidad de desarrollar el objeto social, consignada en el artículo 218, ordinal 2o. del mismo Código, se presenta por situaciones objetivas, ésto es, relacionadas con su negocio, sin que en ello interfiera la conformación subjetiva de la empresa, o sea las personas que integran su capital social, con excepción de los casos en que existan socios industriales o se trate de sociedades intuitu personae.

Por lo tanto, entramos a analizar las diferentes situaciones que se presentan con la muerte de un socio, como es, v.gr. una persona extranjera que podría dificultar por la circunstancia de su deceso, el desenvolvimiento de la compañía.

Retomando el concepto de que por la muerte de un socio no hay disolución de la sociedad, salvo que se pacte cosa contraria, lo que se debe hacer en este caso es abrir el proceso de sucesión de acuerdo a lo señalado en el artículo 1054 del Código Civil, que se aplica a los extranjeros que mueren fuera del territorio nacional.

Además, por la muerte de dicho socio no se desvincula su participación en la sociedad, ya que parece ser esa la intención, al preguntar si los socios supérstites pueden aprobar la disolución de la misma, como hemos dicho ya al abrir la sucesión, las cuotas del socio fallecido vienen a pertenecer a la sucesión ilíquida y éstas no quedan acéfalas.

Es por eso que la ley ha previsto la forma como debe estar representado ese capital social, tal como se consagra en el inciso 3o. del artículo 378 del Código de Comercio, donde aparecen las diferentes alternativas para la representación de sucesiones en que ha habido testamento, en cuyo caso es al albacea a quien corresponde la representación; pero además, el artículo 1297 del Código Civil contempla la figura de la herencia yacente, aplicable a los casos en los que no se hubiere aceptado la herencia dentro de los quince días siguientes de haberse abierto la sucesión, en cuya circunstancia se nombra curador y se entiende que este auxiliar de la justicia, dentro de sus funciones, tendrá la del giro ordinario de los negocios.

Por consiguiente, el curador designado por el juez, tendrá la representación de las cuotas de la herencia yacente. Hechas las anteriores consideraciones, se pasa a considerar.

1. Como ya vimos, las cuotas que pertenecieron al socio fallecido estarán representadas por el curador y, por consiguiente, para cualquier determinación que se pretenda tomar, es necesario tener en cuenta esa parte del capital social, puesto que la muerte de un socio no conlleva la disminución del mismo y en esas circunstancias, el quórum tanto deliberativo como decisorio se mantiene, lo cual quiere decir que para tomar alguna decisión, se debe contar con las cuotas correspondientes a la herencia del socio difunto.

2. Ahora bien, en el caso de la liquidación de las sociedades, el Código de Comercio ha establecido el procedimiento a seguir encontrándose consignado en los artículos 218 a 259, el cual es imperativo cumplir, según el tipo de sociedad de que se trate, independientemente de las causales que llevaron a la disolución del ente social.

Es por eso que en el caso que nos ocupa, no sólo se debe dar cumplimiento a lo antes señalado, sino que, llegada la liquidación de la sociedad a la situación consagrada en el artículo 247 del Código de Comercio, ésto es, la distribución del remanente, la porción adjudicada se debe dejar a favor de la sucesión del de Cujus; por lo tanto, no se dará en esa parte aplicación al artículo 249 de la misma obra, sino que se pondrá a disposición el juzgado que esté adelantando el trámite sucesoral.

No sobra aclarar que la actuación judicial contemplada en el Código de Procedimiento Civil, para llevar a cabo la liquidación de las sociedades, sólo es aplicable a tales personas jurídicas que no se encuentren bajo vigilancia de un ente administrativo como lo es esta Superintendencia. (Artículo 627 de la misma obra).

(Oficio EL-1029, enero 22 de 1991).

VIII - SOCIEDADES EN COMANDITA

1. NATURALEZA, CLASES DE SOCIOS QUE LA INTEGRAN, FORMA DE INTEGRAR EL CAPITAL Y REGIMEN JURIDICO APLICABLE.

Nuestro Código de Comercio no consagra propiamente una definición sino más bien un enunciado indicativo, según el cual, "La sociedad en comandita se formará siempre entre uno o más socios que comprometen solidaria e ilimitadamente su responsabilidad por las operaciones sociales y otro o varios

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

socios que limitan la responsabilidad a sus respectivos aportes. Los primeros se denominarán socios gestores o colectivos y los segundos, socios comanditarios" (Artículo 23)

Según criterio de la doctrina, la sociedad en comandita tiene una naturaleza híbrida que la diferencia de los demás tipos societarios consistente en la combinación que se hace del intuitu personae respecto de los socios colectivos, con el instuitu rei en relación con los comanditarios, todo bajo un régimen especial que contrapone las dos clases de socios de la siguiente manera:

1. El elemento personal y activo se pone de presente en los socios colectivos o gestores porque a ellos corresponde la administración y representación legal de la compañía y, como contrapartida obvia, responden solidaria e ilimitadamente por las obligaciones contraídas en desarrollo del objeto social.

2. El elemento real se manifiesta en los socios comanditarios, a quienes la ley les veda la injerencia en la administración y por ello se consideran socios inactivos o pasivos. A cambio de ello siempre que acaten dicha prohibición, su responsabilidad se limitará al monto de sus respectivos aportes.

Con relación al aspecto económico se tiene que en principio, el capital social está llamado a conformarse con el aporte de los socios comanditarios, pero, en virtud el artículo 325 del Código de Comercio, es posible que dicho capital puede integrarse con el aporte de aquéllos y el de los socios colectivos, por lo cual debe entenderse que éstos pueden hacer aportes de capital a la sociedad, ya sea en dinero o en especie.

Hechos los aportes correspondientes, éstos se separan del patrimonio de cada uno de los asociados y pasan a integrar el patrimonio de la sociedad.

Así las cosas, si en una determinada sociedad en comandita los socios gestores entregan a la misma bienes en calidad de aporte, no es posible que estos bienes les deban ser pagados con los aportes que hagan los socios comanditarios, sino que, aquéllos como éstos se integran para conformar el capital de la compañía y por ende, entran a formar parte del patrimonio de la sociedad, que debidamente constituída, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (artículo 98 de la Obra Mercantil).

Ahora bien, cosa distinta sucede cuando los socios gestores entregan bienes a la sociedad, no ya en calidad de aporte, sino en razón, por ejemplo, de

un contrato de compraventa, pues en tal evento dichos bienes si deben serles pagados con dineros de la sociedad, los que a su vez, bien pueden provenir de los aportes que se hubieren efectuado.

Respecto del régimen jurídico, tanto de la sociedad en comandita simple como de la en comandita por acciones, se consagran principalmente cuatro vertientes normativas a saber:

1. La reglamentación exclusiva contenida en el Código de Comercio para cada una de ellas (artículos 337 a 342 para la encomandita simple y 343 para la por acciones).

2. En lo no previsto en el estatuto mercantil para cada uno, de estos tipos societarios en relación con los socios gestores, se aplicarán las reglas de la sociedad colectiva.

3. En la en comandita simple, en lo no previsto en su propia regulación respecto de los socios comanditarios, se aplicarán las disposiciones de la compañía de responsabilidad limitada, y en la en comandita por acciones, en lo no previsto en relación con los socios comanditarios, se aplican los preceptos de la sociedad anónima.

4. En lo que hace relación a aquellos aspectos que no se encuentran regulados en las normas antes referidas, se aplicaran las disposiciones generales contenidas en los artículos 98 a 265 del Estatuto Mercantil.

(Oficio SL-15489, Julio 12 de 1991)

2. EL SOCIO GESTOR QUE A SU TURNO SEA COMANDITARIO PUEDE REPRESENTAR LAS ACCIONES QUE TENGA EN LA ASAMBLEA DE ASOCIADOS, PUES UNA COSA ES LA REPRESENTACION LEGAL DE LA COMPAÑIA Y OTRA LA REPRESENTACION DE SUS PROPIAS ACCIONES.

De acuerdo con la previsión contenida en el artículo 327 del Código de Comercio, los socios comanditarios no pueden ejercer funciones relativas a la representación de la sociedad sino únicamente en calidad de delegados de los socios gestores y para negocios determinados. Pero debe tenerse en cuenta que la citada circunstancia o limitación consagrada en la ley, no es óbice para que un gestor, que a su turno sea comanditario, represente las acciones que tenga en la

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

asamblea de asociados, pues evidentemente el asunto presenta dos perfiles jurídicos diferentes; vale decir, que una es la advertencia del artículo 327 del Código mencionado, alusiva nítidamente a la representación de la sociedad comanditaria por parte de socios que ostenten tal categoría y otra la que tiene que ver con la representación de las acciones que tales personas posean en la compañía de la cual hacen parte. De ahí que el artículo 336 ibídem, que pertenece a las disposiciones comunes de las sociedades en comandita, señale en su inciso primero que en las determinaciones de la junta de socios cada gestor tendrá un voto y que los votos de los comanditarios se computan conforme al número de cuotas o acciones de cada uno. En este orden de ideas puede afirmarse que no es contraria a derecho la representación que de sus acciones haga el socio comanditario.

En cuanto a la existencia de un socio gestor que tiene al mismo tiempo la condición de comanditario, con el propósito de determinar la corrección legal de los eventos allí enunciados, cabe precisar que efectivamente tal persona puede concurrir a la reunión de la asamblea general de asociados y votar en los términos del artículo 336 ya citado del Código de Comercio y del artículo 349 de la misma obra, según el cual, en las reuniones del máximo órgano social se seguirán las reglas previstas para las sociedades anónimas, con el señalamiento de que las reformas estatutarias, salvo estipulación en contrario, han de aprobarse por unanimidad de los socios colectivos y por mayoría de votos de las acciones de los comanditarios.

Como se desprende de lo expresado en el punto precedente, puede hacer valer las acciones de que sea titular como comanditario para los fines de la integración del quórum de la asamblea.

De acuerdo con el artículo 185 inciso 2o. del Código de Comercio, norma esta de carácter general y aplicable a todas las sociedades, los administradores y empleados de las mismas, no podrán votar los balances y cuentas de fin de ejercicio así como tampoco las de la liquidación. Ahora bien, por su parte el artículo 326 op. cit., ubicado dentro de los preceptos comunes de la sociedades comanditarias, indica que la administración de esas compañías está a cargo de los socios gestores o colectivos, quienes pueden ejercerla de manera directa o por sus delegados, con arreglo a lo previsto para la sociedad colectiva y el artículo 348 del mismo código dispone que las incompatibilidades y prohibiciones establecidas para los administradores de las sociedades anónimas, rigen para los socios colectivos en lo relativo a la negociación de acciones, representación y voto en la asamblea. Estas normas, como es fácil deducirlo tienen un inequívoco

sentido teleológico, ético y programático, cual es el de evitar que las personas que precisamente han llevado a cabo la gestión administrativa social, resulten finalmente capacitadas para votar su aprobación. En consecuencia, el socio, que es gestor y comanditario a la vez, está impedido para hacer valer las acciones que posee como a comanditario, para los efectos que han quedado dichos.

Como ya se hizo notar, en materia de aprobación de reformas estatutarias, el artículo 349 de nuestra legislación mercantil dispone que, salvo pacto en contrario, tales modificaciones del contrato social deberán aprobarse por unanimidad de los socios colectivos y por mayoría de votos de las acciones de los comanditarios. Es claro entonces que el socio comanditario está legalmente facultado para participar en decisiones de esta naturaleza y es del caso poner de relieve que ello en nada infringe el artículo 327 del Código de Comercio, en cuanto a que el mismo solo permite a los socios comanditarios ejercer funciones de representación de la sociedad como delegados de los socios colectivos y para negocios determinados, porque se trata de asuntos diferentes, tal como ocurre con la representación de las acciones que pertenecen al socio comanditario.

(Oficio DAL-26344, Oct. 8 de 1991).

3. EL SOCIO GESTOR NO PUEDE CONVERTIRSE EN COMANDITARIO APORTANDO SU TRABAJO O INDUSTRIA, PARA ELLO ES INDISPENSABLE EFECTUAR APORTE DE CAPITAL Y ASI ADQUIRIR LA DOBLE CALIDAD.

Es preciso partir de lo consagrado en el artículo 323 del Código de Comercio en el cual de manera clara se estipula que "la sociedad en Comandita se formará siempre entre uno o más socios que comprometan solidaria e ilimitadamente su responsabilidad por las operaciones sociales y otro o varios socios que limitan la responsabilidad a sus respectivos aportes. Los primeros se denominan gestores o colectivos y los segundos, socios comanditarios". De lo anterior se desprende que este tipo de sociedades, debe conformarse necesariamente con dos clases de socios los cuales se vinculan automáticamente al contrato social.

Los primeros socios mencionados son los encargados directamente o por medio de sus delegados de la administración de la sociedad (artículo 326 ibídem). Como lo afirma el doctor Gabino Pinzón, en su obra, SOCIEDADES COMERCIALES, puede decirse que "la gestión no representa en la comanditaria un simple derecho del socio gestor, sino una verdadera obligación contraída por

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

el contrato social", y es que es necesario recalcar que el aporte del trabajo o industria que se compromete a realizar la persona o personas que van a participar como socios gestores, es lo que las vincula en calidad de tal a una sociedad en comandita; por otra parte los socios comanditarios no tienen esa obligación de aporte de trabajo o industria sino que deben necesariamente realizar un aporte de capital.

Ahora bien, lo anterior con respecto a los socios gestores, no obsta para que ellos efectúen también aportes de capital, según expresamente lo consagrado por el artículo 325 del estatuto mercantil, sin perjuicio de sus derechos y obligaciones de socios gestores, pero no por esa razón, como lo afirma el doctor Gabino Pinzón en su obra mencionada, puede decirse que una persona sea al mismo tiempo gestor o comanditario. Considera esta entidad que no basta a un socio gestor efectuar un aporte de capital, sino que es preciso que tenga una real y manifiesta intención de ser socio comanditario y adquiera el número de cuotas que se hayan establecido previamente, para efectivamente poseer en un mismo tiempo la doble calidad de socio gestor y comanditario.

Con respecto a lo consagrado en el artículo 325, inciso segundo del Código que venimos comentando y siendo consecuentes con lo expuesto a lo largo de este preveído, en relación a que el socio comanditario no podrá ser en ningún caso socio industrial, debe entenderse y no de otra forma cabría explicación alguna, en el sentido de que el socio comanditario como tal no puede efectuar su aporte en trabajo o industria, sino que debe realizar efectivamente un aporte de capital, adquiriendo las cuotas que le correspondan, pero sin perjuicio de aportar, independientemente de su calidad de socio comanditario, trabajo o industria y adquirir también la calidad de socio gestor.

Por tales razones, la cláusula en la cual se establece que a la muerte del socio gestor, uno de los comanditarios pasaría a ser socio gestor sin perder la calidad de socio comanditario, se ajusta a derecho, sin dejar pasar por alto, se insiste, que esta clase de compañías no puede formarse ni substituir sin la concurrencia de las dos clases de socios que la tipifican (art. 333 idem). En el evento en que esto ocurra y se haya estipulado su continuación, se debe proceder al restablecimiento de alguna de las dos categorías de socios que haya desaparecido, para lo cual es imperativo tomar las medidas legales respectivas dentro de los seis meses siguientes a la ocurrencia de la causal (artículo 218, 220 y 319, numeral 1o. idem).

Es de anotar que lo estipulado en el artículo 331 de la Legislación Mercantil, no debe dejar duda alguna en el sentido de que un socio gestor puede convertirse en comanditario y viceversa cumpliendo los requisitos básicos dichos con anterioridad.

Importa destacar ahora lo relacionado con la representación y administración de la sociedad en comandita simple, la cual está a cargo de los socios colectivos o gestores, quienes podrán ejercerla directamente o por sus delegados, con sujeción a lo previsto para las sociedades colectivas y se reafirma lo anterior con el artículo 327 que dispone que "los comanditarios no podrán ejercer funciones de representación de la sociedad si no como delegados de los socios colectivos y para negocios determinados". En estos casos los socios comanditarios deben señalar al actuar que lo hacen por poder, pues sino responden de manera solidaria e ilimitada como los socios gestores.

Esta delegación les otorga la facultad de realizar actividades administrativas y por ser un acto jurídico formal, solo puede fijarse en los estatutos o a través de una reforma estatutaria, cumpliendo las formalidades consagradas para el efecto.

(Oficio DAL-26345, Oct. 8 de 1991).

4. FORMA EN QUE DEBE HACERSE LA DELEGACION POR PARTE DE LOS SOCIOS GESTORES Y LA CONSECUENCIA QUE ORIGINA LA OMISION DE TAL PROCEDIMIENTO.

Es preciso partir de lo consagrado en el artículo 326 del Código de Comercio, según el cual "La administración de la sociedad estará a cargo de los socios colectivos, quienes podrán ejercerla directamente o por sus delegados, con sujeción a lo previsto para la sociedad colectiva".

Por su parte, el artículo 336 ibídem, reitera ese principio básico contenido en la parte inicial de la norma legal transcrita al establecer expresamente que las decisiones relativas a la administración del ente societario solo pueden ser tomadas por los socios gestores, en la forma como se hubiere consagrado en los estatutos.

Es claro entonces que los socios gestores, quienes en razón a su vínculo como tales adquieren una responsabilidad solidaria e ilimitada por las

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

operaciones sociales, tienen por ministerio de la ley la gestión interna y externa de los negocios sociales, facultad ésta que pueden ejercer bien directamente o bien por conducto de delegados.

Ahora bien, la delegación que pueden hacer los socios gestores debe hacerse conforme a las reglas previstas para la sociedad colectiva según los términos del artículo 326 nombrado con las cuales en lo no previsto en los capítulos respectivos, se aplicarán en relación con los socios colectivos tanto en la sociedad en comandita simple como en la en comandita por acciones, las normas de la sociedad colectiva.

Conforme a tales reglas, podemos afirmar que son características principales de la delegación, las siguientes:

1. Debe emanar del socio colectivo en cuya cabeza radica la facultad administrativa de la sociedad, pues por ser la delegación el acto en virtud del cual se traspasa permanente o transitoriamente la competencia o facultad sobre determinados asuntos, es obvio que como requisito sine qua non, el delegante debe ser el titular de dicha competencia o facultad (art. 310).

2. Es un acto jurídico formal en razón a que sólo puede hacerse en el contrato social o en su defecto, mediante el cumplimiento de las formalidades propias de las reformas estatutarias, esto es, por escritura pública y su subsiguiente, inscripción en el registro mercantil y por consiguiente la delegación no puede hacerse por un medio distinto, como el documento privado, so pena de la sanción que prescribe la misma ley y a la cual haremos referencia más adelante (art. 310).

3. El socio delegante queda inhibido para cumplir la gestión de los negocios sociales, pero permanece con la potestad de reasumirla total o parcialmente en cualquier tiempo o de cambiar los delegados o de establecer limitaciones a los mismos (art. 310).

4. La delegación puede hacerse en otro socio colectivo o en un extraño. En el primer caso, tal acto no está supeditado a ningún requisito adicional, mientras que en el caso de la delegación en un extraño, es necesaria la autorización de los consocios pues a falta de la misma, el acto de la delegación no produce efecto alguno respecto de la sociedad ni de los demás socios (artículo 296 numeral 2 y 297).

En cuanto a los consocios que deben impartir la referida autorización, este Despacho entiende que ésta corresponde es a los demás socios gestores, y no a todos los asociados incluidos los comanditarios, pues en primer término no debe olvidarse que tal exigencia legal se halla plasmada en las normas de la sociedad colectiva, que se aplican a la sociedad en comandita en relación únicamente con los socios colectivos.

En segundo lugar, tampoco debe perderse de vista que la razón de dicha autorización estriba precisamente en la responsabilidad solidaria e ilimitada que adquieren los socios colectivos ya que si por la gestión social de uno de ellos han de responder de tal forma los socios restantes, responsabilidad que se mantiene aún delegada la administración, resulta entendible que cuando dicha gestión no la adelanta directamente el socio, sino un tercero con quien los socios corresponsables no celebraron el contrato de sociedad estos deban autorizar la gestión por parte de dicho tercero, gestión respecto de la cual deben responder en la forma indicada.

Tal circunstancia en cambio no ofrece la misma connotación respecto de los socios comanditarios puesto que éstos, como es sabido, sólo responden hasta el monto de sus aportes, además de que están excluidos de la gestión de los negocios sociales no sólo como partícipes directos de ella sino también como participes indirectos a través de la toma de decisiones relativas a la misma, como claramente lo prevén los artículos 326 y 336 nombrados.

Así las cosas, como primera conclusión debe inferirse que siendo dos o más los socios gestores en una compañía en comandita, la delegación que de la administración de la sociedad haga uno de ellos en un tercero, requiere la autorización únicamente de los demás socios gestores, al paso que tratándose de una sociedad en comandita con un solo socio gestor no es pertinente autorización alguna para la referida delegación, dada la ausencia de otros socios gestores que la impartan.

A juicio de este Despacho, la omisión de alguna de las formalidades referidas, bien sea la escritura o bien el registro mercantil, origina para la delegación su inoponibilidad frente a terceros, ya que el artículo 158 citado, refiriéndose a tales formalidades, es claro al señalar que sin dichos requisitos la reforma no produce efecto alguno respecto de terceros, principio que se repite en el artículo 313 igualmente citado cuando califica de inoponibles a terceros la revocación, el cambio de delegado y las limitaciones de sus facultades que no "llenen dichas formalidades".

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Cierto es que la función principal del registro es la de dotar de publicidad los actos y documentos sujetos a él y consecuencialmente la de hacerlos oponibles frente a terceros, razón por la que en principio, efectuada tal diligencia los referidos actos y documentos no pueden ser desconocidos por éstos conforme a la regla general prevista en los artículos 29, numeral 4o. y 901 del Estatuto Comercial, de suerte que en materia mercantil, la inoponibilidad hace referencia principalmente a la omisión de los requisitos de publicidad.

Ahora bien, si el cumplimiento de tales requisitos conlleva la presunción de que los terceros conocen la existencia del acto respectivo y por lo tanto éste adquiere operancia frente a ellos, y siendo cierto que tal presunción y por consiguiente dicha operancia se obtiene también por medios distintos al registro, en el caso precisamente de aquellos actos no sujetos al mismo, obvio es inferir que el tal nombrado registro no es el único requisito para la oponibilidad, sino que bien puede ser otro distinto o bien, exigirse otro simultáneamente que junto con aquél sean indispensables para lograr la anotada finalidad.

Siendo ello así, la delegación no es oponible a terceros con la sola inscripción de la misma en el registro mercantil, como lo son en su mayoría los actos y documentos sujetos a registro, sino que es menester previamente el otrogamiento de la escritura pública, por la cual es dable considerar que la delegación efectuada por documento privado no sería inoponible a terceros no obstante la mencionada inscripción. (Oficio SL-11093, junio 7 de 1989).

5. LA CALIDAD DE SOCIO GESTOR PUEDE TRANSMITIRSE POR SUCESION

Es necesario examinar las normas legales vigentes que regulan a las sociedades en comanditas, así como las relativas a las sociedades colectivas en lo que respecta a los socios gestores, a las cuales remiten los artículos 341 y 352 del Código de Comercio cuando establecen que en lo previsto en los capítulos relativos a esta clase de sociedades, se aplicarán las normas de las sociedades colectiva.

El artículo 323 del código citado nos dice: "La sociedad en comandita se formará siempre entre uno o más socios que comprometen solidaria e ilimitadamente su responsabilidad por las operaciones sociales y otro o varios

socios que limitan la responsabilidad a sus respectivos aportes. Los primeros se denominarán socios gestores o colectivos y los segundos, socios comanditarios": a su turno el artículo 326 del mismo código señala "La administración de la sociedad estará a cargo de los socios colectivos quienes podrán ejercerla directamente o por sus delegados, con sujeción a lo previsto para la sociedad colectiva". Del mismo modo, el artículo 333 del código aludido, al referirse a las causales de disolución de este tipo societario, prevé el numeral 2o.) "Por las causales especiales de la sociedad colectiva, cuando ocurran respecto de los socios gestores. Y 3o.) por desaparición de una de las categorías de socios".

Además se citan los artículos 319 numeral 1o. del Estatuto Mercantil, cuando al establecer las reglas especiales sobre disolución de la sociedad colectiva determina "Por muerte de algunos de los socios si no se hubiere estipulado su continuación con uno o más de los herederos o con los socios supérstites" y luego el artículo 320 ibíden cuando expresa "El pacto de continuar la sociedad con los herederos de un socio fallecido, sólo podrá cumplirse cuando tales herederos tengan la capacidad, requerida para ejercer el comercio.

Habiendo entre los herederos del socios fallecido alguno o algunos que reúnan las condiciones indicadas en este artículo, podrá continuar la sociedad si se adjudica a tales herederos las partes de interés del difunto; pero si éstas se adjudican, en todo o en parte a personas que carezcan de capacidad para ejercer el comercio ...la sociedad se disolverá desde la fecha del registro de la correspondiente partición".

Finalmente, se acude al artículo 321 de la obra citada que perceptúa "cuando la sociedad no pudiere continuar con los herederos de un socio fallecido y se hubiere estipulado la continuación con los socios sobrevivientes deberá liquidarse y pagarse de inmediato el interés de dicho socio por el valor que acuerden las partes, y en su defecto, por el que fijen peritos designados por ellas, debiéndose solemnizar la correspondiente reforma estatutaria".

Del análisis de las normas anteriormente transcritas, encontramos que este tipo societario pertenece a las llamadas sociedad de personas, en las cuales predominan las calidades personales de los asociados y juega un papel importantísimo el principio del INTUITU PERSONAE; podemos entonces afirmar que las dos clases de socios, gestores y comanditarios, pero principalmente los primeros, deben reunir un conjunto de características especiales para poder hacer parte de las sociedades comanditarias, en razón de su responsabilidad y de la labor de administración que le compete realizar a aquéllos.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Así, pues, tenemos que los gestores en una sociedad en comandita se asimilan a los socios de una sociedad colectiva, en donde para formar parte de la misma es esencial la condición misma de la persona, tanto como la confianza que ella inspire a los demás, traducida en sus cualidades personales como pueden ser a manera de ejemplo su honestidad, seriedad y posiblemente su talento o experiencia en determinado aspecto de la vida mercantil. En este punto cabe citar al doctor Gabino Pinzón en su libro Sociedades Comerciales, Volumen II Tercera Edición, cuando se refiere al tema así: "Este sistema de la sociedad colectiva es el que explica y mide, a un mismo tiempo, el intuitus personae propio de esta forma de asociación. Y no solamente entre los socios, sino también en el orden externo frente a terceros y por esta reafirmación de la persona de los asociados es por lo que estos ocupan una posición predominante a todo lo largo de la vida y de la actividad de la compañía".

Además, el mencionado tratadista en el Tomo I de su obra ya señalada al estudiar las causales de disolución de las sociedades colectivas se refiere a estas como "...causales fundadas exclusivamente en ese intuitus personae que prevalece en ella. Porque se trata de que la sociedad se forme y subsista solamente entre las personas que han recibido ese voto de confianza, excluyendo la posibilidad de que se vinculen a ella terceros a quienes los asociados no otorguen ese mismo voto de confianza para continuar con ellos la sociedad. Con esto queda indicado, de una vez, que esas causales de disolución fundadas en el intuitus personae pueden ser reguladas por los socios mismos en el contrato...".

Pasamos ahora a determinar cuales derechos, bienes y situaciones son o no transmisibles por causa de muerte y para ello, consultamos al tratadista y maestro doctor ARTURO VALENCIA ZEA, en sus obras Derecho Civil Bienes Tomo I, y Sucesiones Tomo VI, en las cuales hablando sobre el tema manifiesta: "No todos los derechos o situaciones de que una persona es titular son susceptibles de transmisión por causa de muerte. Al respecto se distinguen los derechos transmisibles y los intransmisibles. Los derechos patrimoniales tienen la virtud de ser transmisibles, ya sea por acto entre vivos, ya por causa de muerte. Estos derechos se clasifican en cuatro variedades; reales, personales o de crédito, inmateriales y universales. En general estos derechos son objeto de sucesión".

Lo cual quiere decir, que estos derechos, bienes y situaciones radicados en cabeza de una persona natural, no se extinguen con la muerte de ésta, por cuanto esa universalidad de derechos sólo cambia de titular, para recaer de inmediato en la figura jurídica denominada sucesión, los cuales una vez agotado el proceso

respectivo, van a ser adjudicados a través de la partición a personas naturales en primera instancia y si no existen herederos dentro de los tres (3) primeros grados sucesorales, serían entregados a instituciones de utilidad común.

En consecuencia, en la forma como ha quedado analizado el tema, se puede concluir que de conformidad con el artículo 320 del Estatuto Mercantil, la calidad de socio gestor de una sociedad en comandita se puede transmitir por causa de muerte, cuando en el contrato social se haya pactado que la sociedad pueda continuar con los herederos del socio gestor, siempre que éstos tengan la capacidad requerida para ejercer el comercio, porque si no existe dicho pacto, el ente social se disolverá desde la fecha del registro de la correspondiente partición. Así mismo, en el evento de que la compañía no pueda continuar con los herederos incapaces, pero se halle pactado que continuará con los socios sobrevivientes, se deberá liquidar y pagar de inmediato el interés del socio fallecido, cumpliendo los requisito señalados en el artículo 321 del Estatuto Mercantil.

(Oficio DAL-30368, 4 Dic. de 1992).

IX - SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES

1. CONDICIONES PARA SU CONSTITUCION, CLASES DE SOCIOS QUE LA FORMAN Y ADMINISTRACION DE LA MISMA.

El artículo 323 del Código de Comercio, establece en forma precisa que las compañías del tipo de las EN COMANDITA se formarán siempre entre uno o más socios que comprometan solidariamente e ilimitadamente su responsabilidad por las operaciones sociales y otro o varios socios que limitan la responsabilidad a sus respectivos aportes: los primeros se denominen socios gestores o colectivos y los segundos son socios comanditarios.

Dicho precepto, pone de presente la necesaria coexistencia de los gestores y los comanditarios para su formación y existencia, de manera tal que puede decirse que es un requisito de la esencia de tales compañías, sin el cual no pueden existir bajo dicho tipo social; es clara la necesidad de que concurran las dos clases de socios ya que la ley les asignó un papel específico en la vida y desarrollo de la sociedad, separando o delimitando en cada uno el elemento personal y el real, pues los colectivos o gestores aportan el trabajo o los servicios que incrementan el patrimonio de las compañía, a través del manejo exclusivo y

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

privado de la administración, pero que no forman parte del capital, no obstante preverse la posibilidad de que aporten capital a la empresa social sin que por ello pierdan su carácter de gestores (artículo 344 del Código de Comercio) y, la segunda clase de socios (comanditarios) aportan el capital de la compañía pero no comprometen en las operaciones sociales su patrimonio individual.

Así es claro que solo concurriendo los dos puede hablarse de la existencia de tal sociedad ya que sin la representación legal (gestores) la persona jurídica no puede actuar en el mundo económico y jurídico y el capital (comanditarios) es un requisito sin el cual no puede hablarse de una sociedad de carácter mercantil.

Ahora bien frente a las sociedades En Comandita por Acciones, el legislador exigió no solo que debe tener socios comanditarios, sino que estos no pueden ser menos de cinco (artículo 343 del Código de Comercio).

Así las cosas se concluye que éste no constituye una simple formalidad o requisito de forma, sino que es una verdadera condición de fondo, derivada de su misma naturaleza, basada en una norma de carácter imperativo, cuya infracción afecta el contrato social de nulidad absoluta, según lo consagrado en el numeral 1o. del artículo 899 del Estatuto Mercantil; sin embargo, la misma puede sanearse bien mediante la comparecencia de los socios comanditarios ante Notario para que a través de escritura pública ratifiquen el acto de constitución o transformando la compañía a otro de los tipos sociales con el lleno de los requisitos legales, entendiéndose que la sociedad quedará legalmente constituída cuando la escritura contentiva de cualquiera de las dos situaciones señaladas se inscriba en el registro mercantil.

Ahora bien, en cuanto a la forma como deben actuar los gestores en los actos de representación social, los artículos pertinentes del Código de Comercio, no exigen ni particular ni genéricamente que deban actuar conjuntamente, señalan simplemente que todos y cada uno de los socios gestores o colectivos tendrán la administración y el uso de la razón social; por tanto, puede afirmarse que pueden actuar separadamente salvo que en los estatutos se exija que lo hagan de consuno.

De otra parte, si consideramos que en el caso de la delegación, el artículo 312 del Estatuto Mercantil señala que si tal delegación se hace en varias personas, sin determinar sus funciones y facultades, se entenderá que pueden ejercer separadamente cualquier acto de administración, en consecuencia, si así se previó

para los delegados, con mayor razón puede hacerse tal afirmación frente a los gestores.

(Oficio SL- 26341, Oct. 8 de 1991).

X - SOCIEDADES ENTRE ENTIDADES PUBLICAS

1. CREACION, DISPOSICIONES ESTATUTARIAS, VINCULACION Y REGIMEN FISCAL AL QUE ESTAN SOMETIDAS.

Es importante precisar que el Estado actúa en las actividades industriales y comerciales a través de las entidades descentralizadas que la ley ha catalogado en tres tipos: a) Sociedades entre Entidades Públicas. b) Sociedades de Economía Mixta y c) Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

El Legislador en las diferentes normas que las regulan ha tenido como objetivo buscar que actúen en forma similar a las empresas o entes de derecho privado, a fin de que puedan competir con ellas en el campo industrial y comercial y por tal razón ha tratado de despojarlas en lo posible del rigorismo formal propio de los entes de derecho público y es así como es regla general que dichas Entidades Descentralizadas desarrollen las actividades previstas en su objeto conforme al derecho privado salvo las excepciones que consagra la ley.

Diferente es lo relativo a su constitución, administración, fiscalización y dirección ya que en estos aspectos deben someterse a disposiciones determinadas que varian según el porcentaje de inversión oficial que manejen y el orden a que pertenezcan (nacional, departamental o municipal), que se justifican si se tiene en cuenta que parte o la totalidad de sus recursos pertenecen al Estado, los cuales deben tener un tratamiento especial y sus inversiones están encaminadas a objetivos de interés general como por ejemplo asegurar la coordinación de las actividades propias de éstos, con la política general del gobierno.

El Decreto 130 de 1976, que reglamentó las sociedades en que participa la Nación y sus Entidades Descentralizadas, en su artículo 4o. definió lo que se entiende por Sociedades entre Entidades Públicas y determinó su régimen: al respecto prescribe:

"De la Constitución de Sociedades entre Entidades Públicas. Las sociedades que se creen por la participación exclusiva de Entidades Públicas con

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

el fin de desarrollar actividades de naturaleza industrial o comercial, se someten a las normas previstas para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. Sus estatutos proveerán sobre las materias mencionadas en el inciso segundo del artículo anterior y además, podrán disponer que un mismo órgano hará las veces de Asamblea General o Junta de Socios y de Junta Directiva".

A su vez la parte pertinente del artículo 3o. del mismo Decreto establece: "...en el respectivo contrato social se señalará quien elige o designa al Gerente y determinará la composición y presidencia de la Junta Directiva".

Teniendo en cuenta las normas transcritas se pueden precisar algunos aspectos:

1. Las sociedades entre Entidades de Derecho Público del orden nacional para su creación deberán estar autorizadas en la forma prevista por la Ley para las Empresas Industriales y comerciales del Estado o sea, deben ser creadas por una Ley o autorizadas por ésta o por un Decreto del gobierno (Art. 6 y 29 del Decreto 1050 de 1968 y art. 4o. del Decreto 3130 de 1968 y art. 21 del 130 de 1976), las de orden Departamental por la Asamblea Departamental a iniciativa del gobernador respectivo (artículos 4o. y 11 del Decreto 1221 de 1986). A su vez los departamentos, municipios y Entidades Descentralizadas que pretendan asociarse deberán obtener para el efecto autorización de la Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y por el acto que haya creado la entidad descentralizada 9 art. 8o. Decreto 1221 de 1986).

2. En los estatutos de las sociedades entre Entidades Públicas se debe disponer si un mismo órgano hará las veces de Asamblea General de Accionistas o Junta de Socios y Junta Directiva; en el evento de decidir que existen los dos órganos sociales, a quien le compete aprobar las reformas estatutarias es a la Asamblea General de Accionistas en las sociedades por acciones y a la Junta de Socios en las sociedades de Responsabilidad Limitada, en Comandita Simple y en las Colectivas. En caso de que los estatutos establezcan que la Junta Directiva hace las veces del Máximo Organo Social, es a éste a quien le corresponde decidir sobre el aludido asunto.

3. Las Empresas Industriales y comerciales del Estado y por ende las sociedades entre Entidades de Derecho Público del orden nacional deberán estar vinculadas a un Ministerio o Departamento Administrativo, organismo a quien le corresponde ejercer la tutela gubernamental, consistente en vigilar sus actividades y en coordinar éstas con la política general del gobierno. En el acto que se ordene o autorice su creación deberá indicarse a que Ministerio o Departamento

Administrativo se vinculará, teniendo cuenta para el efecto la actividad que va a cumplir (art. 1o. Parágrafo 7 del Decreto No. 10509 de 1968. Art. 8o. y 9o. del Decreto 3130 de 1968. Art. 8o. y 9o. del Decreto 3130 de 1968). El mencionado control en las Entidades Descentralizadas del orden Departamental lo ejercen las secretarías o los Departamentos Administrativos a que se hallen vinculados (art. 13 y 14 del Decreto 1221 de 1986).

4. En razón a que el 100% del capital de las sociedades entre Entidades Públicas provienen de fondos oficiales, el control le corresponde a la Contraloría General de la República, que lo ejerce a través de un auditor designado por la mencionada Entidad (Ley 20 de 1975 arts. 68 y 69 del Decreto 1221 de 1986).

5. El gerente general de las aludidas Entidades se designará en la forma prevista en los estatutos (art. 3 y 4 del Decreto 130 de 1976), las normas citadas también le son aplicables a las sociedades entre Entidades Públicas del orden Departamental, por expresa disposición del artículo 8o. del Decreto 1221 del 1986. En este aspecto se diferencian estos sujetos de las Empresas Industriales y Comerciales del estado por cuanto los gerentes de estas últimas son Agentes del Presidente de la República y por consiguiente de su libre nombramiento y remoción (art. 28 Decreto 1050 de 1968, arts, 16 y 17 del Decreto No. 3130 de 1968, arts. 35, 48 y 46 del Decreto 1221 de 1986).

6. Los Organos de Dirección y Administración de las sociedades entre Entidades Públicas, son los mismos de cualquier sociedad mercantil, con la única diferencia que en los estatutos se podrá establecer que un mismo órgano haga las veces de Asamblea General o Junta de Socios y Junta Directiva, como se expresó en el ordinal segundo de este oficio (arts. 3 y 4 del Decreto 130 de 1976).

El medio de la convocatoria, la antelación de la misma, el quórum, la fecha de las reuniones, etc., se deben establecer en los estatutos; estas previsiones y deberán ajustarse a las normas de carácter imperativo del Código de Comercio que regulan estas materias.

7. En la escritura de constitución de cualquier sociedad mercantil se expresará por lo menos lo dispuesto en el artículo 110 ibídem y por su carácter especial es necesario regular los siguientes aspectos: 1) Quien elige y designa al gerente, la composición y presidencia de la Junta Directiva (arts. 3 y 4 Decreto 130 de 1976 y art. 28 Decreto 1221 de 1986). 2) Los actos que por su importancia y cuantía requieren para su validez el voto favorable e indelegable del Ministro o Jefe del Departamento Administrativo del ramo o la aprobación del

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

gobierno nacional (art. 12 Decreto 3130 de 1968) del gobernador o de su delegado (art. 20 Decreto 1221 de 1986), según sea del orden Nacional, Departamental o Municipal. 3) El nombre del delegado del representante legal de los establecimientos públicos y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado socias. 4) Deberá precisar su pertenencia al orden Nacional Departamental, o Municipal y el sector administrativo al cual pertenece, los mecanismos para controlar sus actividades y asegurar la coordinación de éstas con la política general del gobierno (art. 5o. Decreto 130 de 1976), etc.

8. Los accionistas pueden renunciar al derecho de preferencia en una suscripción de acciones privilegiadas en forma escrita o verbal, siempre que en este último caso quede evidencia sobre dicha manifestación de voluntad, como sería la expresada en una asamblea y sobre el asunto se deje constancia en el acta.

9. Todo lo expuesto anteriormente le es aplicable a cualquier clase de sociedad (limitada, anónima, en comandita simple, por acciones, colectiva).
(Oficio EX-04425, abril 7 de 1988).

XI - SOCIEDADES EXTRANJERAS - SUCURSALES

1. SU DIFERENCIA CON LAS SUCURSALES Y OTRAS ENTIDADES EXTRANJERAS

Diferencia existente en el derecho comercial entre "sociedades extranjeras", "sucursales de sociedades extranjeras" y "otras entidades extranjeras".

Sobre el particular esta Superintendencia conceptúa:

a. A diferencia de la mayor parte de las legislaciones, el ordenamiento jurídico colombiano se encarga de definir las llamadas sociedades extranjeras, para lo cual el artículo 469 del C. de Co., dispone:

"Son extranjeras las sociedades constituídas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior".

De lo transcrito se desprende que el régimen colombiano en su interés de ubicar la llamada sociedad extranjera para efectos de determinación del tratamiento de la inversión extranjera, fundamenta la figura en 2 premisas:

1. Que se haya constituído bajo las leyes de otro país y

2. Que tenga domicilio principal en el exterior.

b. La ley colombiana no se encarga de definir lo que es una sucursal de sociedad extranjera, tan solo el artículo 471 del C. de Co., dispone que si la sociedad foránea va a establecer negocios de carácter permanente en Colombia deberá abrir una sucursal con domicilio en el territorio nacional.

Al mismo tiempo el artículo 497 ibídem, por remisión hace aplicable a la situación de las sociedades extranjeras el régimen de las nacionales, lo cual permite ubicar un concepto de lo que es una sucursal de sociedad extanjera.

En efecto, el artículo 263 del C. de Co. prescribe que:

"Son sucursales los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad..."

Así las cosas, se debe entender por sucursal de sociedad extranjera, el o los establecimientos de comercio abiertos por ésta en el territorio nacional para la ejecución de actividades permanentes en los términos del artículo 474 del C. de Co.

Lo anterior permite precisar que la sucursal nacional o extranjera no es un ente autónomo distinto a la matriz por cuanto que no goza de personería jurídica independiente.

c. Por deducción, se concluye que la expresión y otras "entidades extranjeras" corresponde a otras figuras no incluídas en los apartes anteriores, como son las asociaciones, fundaciones, etc.

(Oficio EX-11099, 7 de junio de 1989).

2. QUE SE ENTIENDE POR SOCIEDAD EXTRANJERA Y POR SUCURSALES DE SOCIEDAD EXTRANJERA. FORMAS EN QUE UNA PERSONA JURIDICA EXTRANJERA PUEDE PARTICIPAR EN EL CAPITAL DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL CONSTITUIDA EN EL PAIS.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Las primeras son definidas por el Ordenamiento Mercantil en su artículo 469 al señalar: "Son extranjeras las sociedades constituídas conforme a la Ley de otro país y con domicilio principal en el exterior". Del texto transcrito se desprende que esa figura se fundamenta en dos premisas: 1. Que se haya constituído bajo las leyes de otro país y 2. Que tenga domicilio principal en el exterior.

En cuanto a las sucursales de sociedades extranjeras, la ley colombiana no se encarga de definirlas, sólo señaló en el artículo 471 del Código de Comercio que si la sociedad foránea desea establecer negocios de carácter permanente en el país debe abrir una sucursal con domicilio en el territorio nacional. Sin embargo, como el artículo 497 ibíden hace aplicable a las sociedades extranjeras, en lo no previsto, el régimen de las nacionales, es preciso ubicar el concepto a través del artículo 263 del mismo código, según el cual: "Son sucursales los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad...".

Así las cosas, se debe entender por sucursal de sociedad extranjera, el o los establecimientos de comercio abiertos por ésta en el territorio nacional para la ejecución de actividades permanentes en los términos del artículo 747 del aludido código.

De lo anterior se infiere que la sucursal nacional o extranjera, no es un ente autónomo distinto a la matriz por cuanto no goza de personería jurídica independiente.

Bajo este argumento, podemos entrar a analizar las formas en que una persona jurídica extranjera puede participar en el capital de una sociedad mercantil constituída en el país:

1. Mediante una inversión del exterior, vale decir, con recursos provenientes del exterior.

2. Con recursos nacionales, vr. gr. utilidades no giradas al exterior, préstamos internos, etc.

3. Directamente o a través de sus sucursales en Colombia, en cualesquiera de las modalidades a que se refieren los numerales precedentes.
(Oficio DAL-31389, 13 de dic. de 1991)

3. *OBLIGACIONES*

Toda sociedad extranjera, que tenga por objeto explotar una actividad declarada por el Estado como de servicio público, tiene la obligación de designar gerente principal y suplentes a ciudadanos colombianos.

Dentro de las expresas atribuciones conferidas por la ley mercantil al Superintendente de Sociedades, además de las consignadas en otras disposiciones del Código de Comercio y en leyes especiales, vb.gr. Decretos 2155 de 1992 y 1258 de 1993, está la de ejercer la inspección y vigilancia "sobre las sucursales de sociedades extranjeras".

Se infiere de lo anterior, que las sucursales de sociedades extranjeras, que se incorporen al país para ejercer las actividades previstas en su objeto, por estar sometidas a la vigilancia de este despacho, deberán en su formación y funcionamiento, ajustarse a las leyes y decretos que regulan la actividad comercial.

Para el caso particular de las sucursales de sociedades extranjeras el numeral 5o. del artículo 472 del Código de Comercio que hace referencia directa a los requisitos que debe contener la resolución o acto de incorporación de tales entidades para su funcionamiento regular, ordena la designación de un mandatario general, con uno o más suplentes que represente a la sociedad o a la persona jurídica en todos los negocios que se proponga desarrollar en el país. Y el artículo 473 del mismo estatuto exige que dicho representante legal y sus suplentes sea ciudadanos colombianos cuando la sociedad tuviere por objeto explotar, dirigir o administrar un servicio público o una actividad declarada por el Estado de interés para la seguridad nacional.

Ahora bien, se señala por los artículos 365 de la constitución política, 1o. del Decreto 753 de 1956 y 2o. de la ley 80 de 1993, en términos generales, que los servicios públicos son inherentes a la finalidad del Estado y, por ende, es deber del estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Dichos servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, y podrán ser prestados por el estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares.

En consecuencia, con la finalidad de establecer si se están cumpliendo las disposiciones legales precitadas, en cuanto a la designación de representante legal se refiere, se deberá confrontar el objeto social con aquellas actividades que

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

hayan considerado como de servicio público por ley o constitución, vb.gr. educación (art. 67 C.P.), los domiciliarios (Art. 367 C.P.), etc.

4. DADA LA NATURALEZA JURIDICA DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES Y SUS SUCURSALES, ES IMPOSIBLE LLEVAR A EFECTO LA TRANSFORMACION DE UNA SOCIEDAD COLOMBIANA EN SUCURSAL DE UNA PERSONA JURIDICA EXTRANJERA.

Señala el artículo 263 del Código de Comercio que se debe entender por sucursal todo establecimiento de comercio abierto por una sociedad, en su domicilio o fuera de él, para adelantar total o parcialmente las actividades contempladas en su objeto social administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad.

Por su parte, el artículo 98 ídem, define el contrato de sociedad como aquel por el cual dos o más personas se comprometen a realizar un aporte en dinero, trabajo o cualquier bien susceptible de apreciación en dinero, con el objeto de distribuir entre sí las utilidades producto de las actividades que se propongan llevar a cabo.

Como puede deducirse de la lectura de los anteriores conceptos, una sucursal es un establecimiento de comercio perteneciente a una sociedad, y constituye precisamente el medio de que se vale esta última para ejecutar los negocios que conforman su objeto social. Se podría afirmar válidamente que la sucursal es una prolongación de la compañía puesto que forma parte de su patrimonio y demás, es ésta la que se obliga en razón de los actos que ejecute aquella, en virtud de las facultades conferidas al administrador.

Visto lo anterior resulta forzoso concluir que, dada la naturaleza jurídica de las sociedades comerciales y sus sucursales, es imposible llevar a efecto la transformación de una sociedad en sucursal de una persona jurídica extranjera, máxime si se tiene en cuenta que dicha sociedad tiene su domicilio en el exterior y el legislador consagró expresamente a través del artículo 474 ibídem, la forma en que esta clase de entes societarios pueden abrir sucursales en Colombia.

En consecuencia, para llevar a término la operación planteada sería indispensable disolver y liquidar la sociedad, cumplido lo cual la compañía establecería la sucursal conforme a lo dispuesto en el artículo 471 citado.

Otra posibilidad consistiría en que la sociedad extranjera establezca una sucursal en Colombia, y posteriormente adquiera el establecimiento de comercio perteneciente a la sociedad evento en el cual ésta última tendría que disolverse y liquidarse como consecuencia de tal operación.

(Oficio EX-17238, septiembre 3 de 1987).

5. EL MANDATARIO GENERAL DE UNA SUCURSAL DE SOCIEDAD EXTRANJERA NO ESTA FACULTADO PARA NOMBRAR APODERADOS GENERALES O ESPECIALES SIN LA PREVIA AUTORIZACION DE LA CASA MATRIZ.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 472 ordinal 5o. del Código de Comercio, el mandato otorgado por la casa matriz para apoderar sus intereses en el país a través de una sucursal incorporada por ella, es de carácter general ya que allí se establece que... "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 los efectos legales".

Además, es de anotar que de conformidad con lo preceptuado por el artículo 487 ibídem, las sociedades extranjeras para llevar a cabo su gestión mediante procurador designado por ella, se deberán sujetar a las normas del mandato Mercantil, regulado en el título XIII del Libro 4 del C. de Co.

Si el mandato es general no se puede extender a aquellos actos que excedan del giro ordinario del asunto encomendado, salvo que se haya conferido autorización expresa y especial, es decir, el mandato general como expresión amplia de la voluntad del comitente no va más allá de las gestiones ordinarias y consecuentes que se desprenden de su condición (artículo 1263 ídem).

Por esta razón el artículo 1266 del Código de Comercio señala que el procurador no podrá exceder los límites de su encargo.

Aclara la norma legal en comento que los actos cumplidos por fuera de los delineamientos contenidos en el contrato, solo obligaran al mandatario, salvo que el mandante los ratifique.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

El apoderado podrá separarse de las instrucciones, cuando circunstancias desconocidas que no puedan serle comunicadas al poderdante permitan suponer razonablemente que éste habría dado la aprobación.

Además, debe tenerse en cuenta que este contrato es de aquellos que se denominan "Intuitu Personae" y por tal circunstancia, mal podría el mandatario nombrar un apoderado general o especial sin la autorización de la casa matriz, la cual lo designó para llevar a cabo las gestiones conducentes al logro del objeto social.

En consecuencia, de acuerdo a lo expuesto es preciso que la sociedad extranjera faculte a los apoderados para que a la vez otorguen poder para desarrollar todo tipo de actividades o algunas de ellas, dentro de las limitaciones impuestas por la comitente.

Por lo tanto, es perfectamente factible que el apoderado nombre procuradores, siempre que tenga para ello la facultad otorgada por la compañía extranjera.

(Oficio EX-22772 diciembre 19, 1986)

6. LA CASA MATRIZ DE UNA SUCURSAL EXTRANJERA EN LIQUIDACION, CON EL FIN DE AGILIZAR EL PROCESO LIQUIDATORIO NO PUEDE DESIGNAR UN APODERADO ESPECIAL PARA QUE CONTINUE LOS TRAMITES RELATIVOS A LA TERMINACION DE LOS CONTRATOS Y PRESENTAR INDEPENDIENTEMENTE LA CUENTA FINAL DE LIQUIDACION.

Este Despacho no considera viable un procedimiento como el descrito, pues el proceso liquidatorio de las sucursales de sociedades extranjeras que, en lo pertinente, se rige por las normas que regulan la liquidación de compañías por acciones en los términos del artículo 495 del Código de Comercio, implica que se concluyan las operaciones pendientes al momento de la disolución, no sólo desde el punto de vista de su ejecución material (artículo 238 -ordinal 1o.- ibidem) sino desde el ángulo de la totalidad de las relaciones crediticias y demás obligaciones que en ellas tienen su origen, lo cual significa que el liquidador ha de proceder al cobro de los créditos existentes a favor de la sucursal como uno de los actos previstos al pago de los pasivos externo e interno respectivamente.

Lo dicho anteriormente adquiere mayor firmeza y se hace perfectamente entendible, si se tiene en cuenta que en el orden lógico y jurídico, mal podría pensarse en la elaboración de la cuenta final de liquidación así como en la extinción de la sucursal que nos ocupa, cuando realmente hace falta llevar a cabo algunas operaciones de cuyo resultado depende, en última instancia, el estado que se tendrá patrimonialmente en definitiva.

Cuestiones diferentes son las previstas en el artículo 245 op. cit. según el cual, en los casos en que haya obligaciones condicionales o litigiosas debe hacerse una reserva adecuada en poder del liquidador para atenderlas, si en un momento determinado llegan a ser exigibles. Advierte la disposición invocada que en estos casos no se suspende la liquidación, pues la misma continúa en cuanto a los demás activos y pasivos; y si termina la liquidación sin que se hubieren hecho exigibles las obligaciones condicionales o litigiosas la reserva debe depositarse en un establecimiento bancario. En este aspecto si es procedente la constitución de la fiducia relativa a las obligaciones fiscales de que trata en su nota, operación sobre la cual esta Entidad se ha pronunciado en el sentido de su pertenencia por vía de doctrina.

Debe entonces quedar perfectamente claro que un mecanismo para agilizar la liquidación de una sucursal consistente en la designación del apoderado especial que se encargue de realizar todos los trámites necesarios para la total liquidación de los contratos en curso con el fin de poder presentar la cuenta final de liquidación y de ese modo dar por terminada jurídicamente la existencia de la sucursal no es de recibo, no sólo porque contraviene el procedimiento imperativo legalmente consagrado para ese propósito, sino porque implicaría aceptar la desaparición de aquélla sin haber dado total cumplimiento a las gestiones que tal hecho requiere.

(Oficio 220-07424, marzo 18 de 1992).

7. LA DISOLUCION DE LA PRINCIPAL COMO CAUSAL DE TERMINACION DE LOS NEGOCIOS EN COLOMBIA.

Accediendo a las tesis doctrinales que preconizan el postulado de la autonomía de la voluntad privada como una institución vertebral del derecho privado, el Legislador de 1971 reconoció amplia eficacia a los pactos de los particulares consagrados para regular sus relaciones intersubjetivas, siempre que no pugnen con el orden público. Es así como cobra inteligencia el artículo 4o. del

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Código de Comercio donde se lee: "Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles", norma ésta que permite mayores desarrollos a lo largo de las disposiciones del estatuto mercantil.

Para el caso que nos ocupa, el postulado prenombrado encuentra amplio radio de acción, como quiera que en el acto por medio del cual la sociedad extranjera acuerda establecer negocios permanentes en Colombia, se puede fijar libremente las causales para la terminación de los negocios en el país. En efecto, el artículo 472, ordinal 4o. del Código de Comercio, defiere a la voluntad de la compañía extranjera el pacto de los motivos por los cuales la sucursal debe terminar su gestión en Colombia.

Pero es más; aparte de que no existe restricción legal para que se estipulen como causal de terminación de los negocios de una sucursal de sociedad extranjera, las mismas que se predican respecto de la matriz, es lógico que ello se pacte en el acto de incorporación al País, por cuanto estando disuelta la casa principal, es menester la terminación de los negocios emprendidos por los establecimientos de comercio abiertos por ella, para los efectos de su liquidación.

Es que, tal como lo afirma el tratadista español Rodrigo Uría, "Con la puesta en disolución se inicia la resolución de todas las relaciones jurídicas en que sea sujeto la sociedad..." (Comentario a la ley de Sociedades Anónimas. Imp. Samarán Madrid 1953. Tomo II. Pág. 696).

De otra parte, no se advierte que la estipulación en comento tenga objeto ilícito a la luz del artículo 1519 del Código Civil, toda vez que no contraviene el derecho público de la nación.

Si bien es cierto que, conforme al artículo 1o. del Código de Comercio los comerciantes y los asuntos mercantiles se rigen por la ley nacional, no es menos cierto que los particulares pueden invocar la ley extranjera para incorporarla a sus contratos, siempre que con ello no se contravenga una norma de carácter imperativo, porque en tal evento el pacto será una ley para las partes amparadas por la Constitución y por las disposiciones legales.

De lo expuesto es claro concluir que la cláusula cuestionada se conforma a derecho.

(Oficio OA-07503, Mayo 10 de 1979)

8. LIQUIDACION DE SUS NEGOCIOS EN COLOMBIA.

Es de anotar que la apertura de una sucursal no se reduce a la simple organización de un establecimiento de comercio, sino que requiere del cumplimiento de las normas señaladas de manera especial en el Título VIII, del Libro Segundo, del Código de Comercio, entre las cuales podemos indicar:

a) El cumplimiento de las exigencias determinadas en los artículos 471, 472 y 475;

b) La responsabilidad solidaria de los administradores y representantes de las sociedades extranjeras, de las obligaciones contraídas en el país, por dar cumplimiento a las normas legales, artículo 482, y

c) La asimilación, en la práctica, a las compañías anónimas, para efectos del control administrativo, ejercido en este caso por la Superintendencia de Sociedades; de la constitución de las reservas y provisiones (artículo 476) y de la liquidación de los negocios en el país (artículo 495).

Es decir, que por la especial importancia que revisten las sucursales de las sociedades extranjeras, el control sobre las mismas no solo se ejerce sobre su apertura y funcionamiento, sino durante su liquidación, la cual al tenor de lo expuesto por el artículo 495, ya citado, debe efectuarse conforme a lo prescrito para las sociedades por acciones, esto es, a las normas consagradas en el Capítulo Mercantil. Y no puede ser de otra manera, pues, si la liquidación es todo un proceso de liberación de los activos, mediante el pago de las obligaciones pendientes por razón de la existencia y los negocios de la sucursal, para que sólo entonces pueda ejercer la sociedad extranjera su derecho a que se le entregue, a título de utilidades finales y de reembolso del capital asignado, la parte que le corresponda en el remanente de los activos. Se trata de desatar ese complejo de relaciones jurídicas creadas con ocasión de la actividad de la sucursal, que se suspende o cesa al producirse su liquidación. De consiguiente esta etapa se encamina fundamentalmente a liquidar y cancelar todas las situaciones jurídicas creadas en interés de la sucursal, pero para eso es necesario suspender toda actividad y concluir las operaciones pendientes así como exigir cuentas a todas las personas que hayan tenido a su cargo bienes o negocios de la sucursal, y vender todos sus bienes, a fin de cancelar todo pasivo existente con terceros.

Pero esta cancelación de las situaciones jurídicas indicadas exige, desde luego, un conocimiento pormenorizado de ellas, lo cual se obtiene mediante la

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

elaboración del inventario previsto en los artículos 233 y 234, que no solamente permite conocer y apreciar los distintos renglones del activo y del pasivo, sino que sirve de medida de la responsabilidad contraída por los liquidadores, articulo 242. Determinada por este medio la situación del patrimonio de la sucursal, el liquidador si puede llevar a cabo de manera completa el proceso de liquidación, pagando primero el pasivo externo, es decir, cancelando previamente las obligaciones a favor de terceros, en las que se deben incluir las cuotas de contribución pendientes y a cargo de esta Superintendencia. De ahí que mientras haya créditos o acciones de terceros pendientes y no se hayan pagado en su integridad, no pueden entenderse liquidadas las situaciones jurídicas, ni puede hablarse de una liquidación completa del patrimonio de la sucursal.

(Oficio TR-18137, del 9 de noviembre de 1979)

XII - TITULOS VALORES

1. PUEDEN CREARSE POR ESCRITURA PUBLICA, PRESTA MERITO EJECUTIVO UNICAMENTE SU PRIMERA COPIA - FORMA DE TRANSFERIRLOS Y PRESCRIPCION.

Se absuelven las siguientes preguntas:

1. Conserva la naturaleza de título valor los pagarés elaborados por escritura pública?

2. Presta mérito ejecutivo únicamente su primera copia o cualquiera de ellas?

3. Se puede endosar o si por el contrario su traspaso se efectuaría por cesión, y

4. Si prescribiría en 3 ó 10 años la acción ejecutiva?

Esta Superintendencia procede a dar respuesta en el mismo orden en que fueron presentadas:

1. El artículo 619 del Código de Comercio establece: "Los títulos valores son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora..."

Tal disposición no determina que clase de documentos deben ser, es decir, si público o privados, atendiendo la clasificación que da el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil.

Por lo tanto, podría crearse un título valor (pagaré) por medio de escritura pública siempre y cuando se cumpla con los requisitos señalados en el artículo 621 del Régimen Mercantil en armonía con el 709 ibídem.

Por lo anterior esta Superintendencia no encuentra inconveniente de orden legal para la creación de un título valor por medio de escritura pública. No obstante, crearlo de esta manera presenta dificultades de orden práctico debido a que para tal efecto es necesario seguir lo dispuesto en el título II del Decreto 960 de 1970; lo cual obviamente pugnaría con la rapidez de creación y circulación que caracteriza al título valor.

2. Conforme lo establece el artículo 624 del Código citado. "El ejercicio del derecho consignado en un título valor requiere la exhibición del mismo...", de donde se infiere que es necesario la presentación del original, que para el caso que nos ocupa tendrá que ser la primera copia de la correspondiente escritura pública la cual presta mérito ejecutivo.

Lo anterior, dado el principio de incorporación que informa la teoría de los títulos valores por medio del cual el título y el derecho se funden en una sola cosa.

3. De acuerdo al artículo 651 ibídem, los títulos valores a que se refiere dicha norma, se transfieren por endoso y entrega del título, lo que se confirma con lo previsto en el artículo 630 ejusdem.

Sin embargo, el artículo 652 del mismo código, dispone que la transferencia de un título a la orden por medio diverso del endoso, subroga al adquirente en todos los derechos que el título confiera; pero lo sujeta a todas las excepciones que se hubieran podido oponer al enajenante. Esto quiere decir que el adquirente no goza de las prerrogativas propias del endosatario.

Superintendencia de Sociedades
DIBLIOTECA

Lo anterior significa que si bien la Legislación Mercantil establece la forma de transferir los títulos valores, también acepta que se proceda de un modo diferente como sería la cesión.

4. Como ha quedado expuesto, así el título valor conste en una Escritura pública conserva su carácter de tal, y por lo tanto en lo referente a la prescripción se seguirá lo dispuesto para la acción cambiaria (no ejecutiva), esto es, que su prescripción es de tres años para la acción cambiaria directa. (Artículo 789 del Código de Comercio). (Oficio OC-16858 agosto 26 de 1987).

XIII - UTILIDADES

1. DEBEN CONSIDERARSE LEGALMENTE VIABLES AQUELLAS DISPOSICIONES ESTATUTARIAS EN LAS QUE SE PACTEN MAYORIAS SUPERIORES A LA PREVISTA EN EL ARTICULO 155 DEL CODIGO DE COMERCIO PARA SU REPARTO.

Para aclarar la inquietud acerca de la obligatoriedad o no de la mayoría consagrada en el artículo 155 del Código de Comercio, para que el máximo órgano social pueda distribuir utilidades en un monto inferior al allí exigido, es necesario, en orden a dilucidar tal asunto, analizar en primer lugar el carácter de dicha mayoría.

El quórum, acepción que también utiliza nuestra legislación mercantil para referirse a la mayoría exigida para la adopción de una decisión por parte del Máximo órgano Social, ha sido clasificado por la doctrina, así:

QUORUM DELIBERATIVO:

Mínimo de asociados para que un cuerpo colegiado abra la sesión, el cual puede pactarse en los Estatutos libremente, pudiendo ser superior o inferior al consagrado en la Ley.

QUORUM DECISORIO.

Mayoría para aprobar válidamente cualquier determinación; este tipo de quórum tiene dos modalidades a su vez, el ordinario que es el aplicable a

aquellas decisiones que no requieren una mayoría especial por tratarse de asuntos rutinarios o de poca trascendencia para la sociedad, y el especial aplicable a aquellos casos que de acuerdo con la ley o los estatutos requieren una mayoría calificada, en razón, precisamente a su transcendencia.

Por su parte, como se puede ver, el quórum decisorio especial puede tener origen en dos fuentes, la voluntad privada, que es cuando la mayoría especial es exigida en los estatutos, únicamente y la legal, evento en el que la exigencia de la mayoría calificada se halla plasmada en la Ley.

Respecto a esta última clasificación es decir la referente a las mayorías especiales de orden legal, hay que distinguir si se trata de una mayoría imperativa o no, a fin de establecer si estatutariamente la misma puede ser objeto de variación, especialmente en el caso de aquellas normas legales de cuyo tenor literal no pueda desprenderse fácilmente esa circunstancia, tal es el evento de la mayoría contenida en el artículo 155 precitado.

Para ello, debemos acudir a los modos de interpretación de la Ley, entendiendo por ésta la acción de conocer y adoptar las normas abstractas a los casos particulares, o como se ha dicho, pasar de lo general a lo particular. Dentro de tales modos encontramos principalmente los siguientes:

INTERPRETACION LOGICA:

Busca el pensamiento o voluntad del legislador, sin apartarse de la anterior, como quiera que la expresión y el pensamiento no se pueden separar. Esta clase de interpretación desentraña por medio del razonamiento el pensamiento real y sicológico del legislador al tiempo de dictar la ley.

INTERPRETACION SISTEMATICA:

Cuando el sentido de las palabras y proposiciones de un texto legal deben relacionarse con la institución de que hace parte y con el propio sistema jurídico. Esta clase de interpretación permite en ocasiones dar a dicho texto legal un alcance superior del que se desprende de su sentido literal (interpretación extensiva), fundada en el principio de la equidad.

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Ahora bien, los modos que se acaban de describir deben aplicarse teniendo en cuenta que todos ellos forman parte del proceso de interpretación de manera que si para la comprensión y aplicación de un texto legal se recurre a la interpretación exegética y ésta no es suficiente, debe acudirse a los otros modos con el fin de dilucidar la contradicción, obscuridad o ambigüedad de la norma.

En el caso que nos ocupa, este Despacho al considerar en su oportunidad que la mayoría señalada en el artículo 155 en cuestión era inmodificable, se basó en una interpretación exegética, la cual sólo tiene cabida en el evento que el texto legal tenga la suficiente claridad, pues al tenor del artículo 27 del Código Civil. "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu".

De un nuevo estudio del texto legal en comento y particularmente en relación con el punto atinente a dicha mayoría, no se observa la claridad señalada pues si bien es cierto que el referido texto no permite expresamente que en los estatutos pueda consagrarse una mayoría superior, como sí sucede en otros casos, también lo es que no contiene disposición prohibitiva que impida tal circunstancia, por lo cual y con base en el principio de la autonomía de la voluntad privada contenida en el artículo 1602 del Código Civil, aplicable a los asuntos mercantiles por disposición del artículo 822 del Código de Comercio, podría pensarse que exista tal libertad contractual, planteándose así la discrepancia entre el artículo 155 que consagra determinada mayoría y el artículo 1602 de la codificación que establece la obligatoriedad de los contratos válidamente celebrados.

Por tal razón no es suficiente una interpretación exegética del referido artículo 155, sino que debemos acudir a otros modos que permitan interpretar dicha norma atendiendo a la finalidad de la misma y a la relación armónica que aquella debe tener con otros preceptos integrante de la institución jurídica, buscando un criterio basado en la lógica, es decir, teniendo en cuenta aquel sentido que haga producir al texto legal mayor eficacia.

Para lograr esa adecuada interpretación del texto legal aludido debemos considerar que las personas al celebrar el contrato social, buscan fundamentalmente un beneficio económico de manera conjunta (ánimo de lucro), que constituye uno de los elementos esenciales del mismo; para obtenerlo, los socios se obligan en el momento de la constitución de la sociedad a efectuar unos aportes, bien en dinero, o bien en especie, los cuales van a producir al final del ejercicio social, utilidades o pérdidas.

Dichos aportes con respecto a las utilidades que generan, conllevan fundamentalmente dos facultades; la de verificar la existencia real de las mismas y la de disponer en ellas bien mediante la distribución entre los asociados o la creación de reservas encaminadas a prevenir riesgos o contingencias probables que pueden derivarse del negocio social o de factores que inciden en su desenvolvimiento.

Siendo entonces, el reparto de utilidades esencial en el contrato de sociedad pues no de otra forma se concentraría el animus lucrandi en que se sustenta la sociedad mercantil, la ley comercial ha consagrado normas que buscan desarrollar dicho principio básico mediante la protección del mismo, tal es el mandato referente a que toda sociedad debe repartir no menos del 50% de las utilidades líquidas obtenidas en cada ejercicio monto que se incrementa al 70% o cuando se den las circunstancias señaladas en el artículo 454 del Código de Comercio, o la norma que prevé requisitos especiales para la formación de reservas ocasionales teniendo en cuenta que éstas son sumas que se detraen de las utilidades líquidas.

Una de tales disposiciones es precisamente la que hemos venido comentando, esto es, la que establece la mayoría calificada para no repartir utilidades o para hacerlo en una cuantía inferior, en donde la razón para la exigencia de esa mayoría está dada por la circunstancia de que al ser el reparto de utilidades esencial en el funcionamiento social y al estar legalmente previsto el mínimo que de ellas debe repartirse, resultaba lógico que para la variación de estos parámetros, debía darse en favor de la misma un número de votos lo suficientemente representativo y no simplemente los correspondientes a una mayoría ordinaria.

De lo anterior, podemos concluir que la disposición legal en comento se trata de una norma proteccionalista de uno de los principios básicos de la sociedad y como tal, todo lo que la voluntad privada realice en orden a proteger aún más el interés jurídico tutelado en la norma legal en mención debe tutelarse y por lo tanto, deben considerarse legalmente viables aquellas disposiciones estatutarias en las que se pacten mayorías superiores a las previstas en el artículo 155 del Código de Comercio.

(Oficio SL-20004 noviembre 5 de 1987).

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

2. SU DISTRIBUCION ES INDELEGABLE DEL MAXIMO ORGANO SOCIAL- SE DISTRIBUYEN CUANDO SE ENCUENTREN JUSTIFICADAS POR BALANCES FIDEDIGNOS Y EN PROPORCION A LA PARTE PAGADA DEL VALOR NOMINAL DE LAS ACCIONES, CUOTAS O PARTES DE INTERES DE CADA ASOCIADO.

En primer lugar ha de tenerse en cuenta que solo puede distribuirse dinero entre los asociados cuando se trate de las utilidades obtenidas en el ejercicio social, caso en el cual es a la Junta de Socios a quien le compete disponer de las mismas, tal y como lo señala el numeral 3o. del artículo 187 del Código de Comercio, no pudiéndose delegar dicha función en un órgano social diferente, como lo es la Junta Directiva.

Ahora bien, en cuanto al momento en que deben repartirse las utilidades sociales, es importante precisar que éstas se distribuyen en principio, por decisión de la junta ordinaria de socios siempre y cuando se encuentren justificadas por balances de fin de ejercicio reales y fidedignos, una vez hechas las deducciones correspondientes a las reservas legal, estatutarias y ocasionales, si hubiere lugar a ellas, y su pago debe hacerse en dinero efectivo dentro del año siguiente a la fecha en que fueren decretadas, en las épocas que fije la Junta de Socios.

También cabe anotar que la distribución de las utilidades sociales se hace en proporción a la parte pagada del valor nominal de las acciones, cuotas o partes de interés de cada asociado, tal y como lo consagra el inciso primero del artículo 150 del Estatuto Mercantil, salvo que en los estatutos se estipule otra cosa, pero teniendo en cuenta que al tenor de la disposición legal invocada no se puede privar de toda participación en las utilidades a ningún socio, a pesar de que así lo acepte el socio afectado con tal disposición.

Además no debe perderse de vista que cada cuota o parte de interés social confiere a su propietario sin distinción alguna un derecho cual es el de recibir una parte proporcional de los beneficios sociales establecidos por balance de fin de ejercicio, con sujeción a lo consagrado en la ley o en los estatutos.

Sea de destacar que lo anteriormente señalado es predicable únicamente respecto a las utilidades obtenidas por la sociedad al final de cada ejercicio social, pues tratándose de fondos conformados mediante las sumas provenientes de las contribuciones ordinarias o extraordinarias suministradas por los mismos socios o por terceros para una finalidad común, y distintas a los aportes destinados a incrementar el capital social, la aplicación de los mismos deberá

hacerse conforme a lo previsto en los estatutos sociales o en su defecto, en los reglamentos internos expedidos para tal fin.

(Oficio SL-07737 junio lo. de 1988).

3. CADA UNA DE LAS ACCIONES DA DERECHO A UN PORCENTAJE SOBRE LAS UTILIDADES DEL EJERCICIO CORRESPONDIENTE INDEPENDIENTEMENTE DE LA PERSONA DEL ACCIONISTA.

a. El artículo 98 del Código de Comercio consagra como finalidad del contrato de sociedad y como elemento esencial del mismo, la repartición entre los contratantes de las utilidades obtenidas; finalidad de la cual emana el derecho de los mismos a participar en los beneficios sociales en la forma pactada en los estatutos y a falta de estipulación, a la parte pagada de cada acción, cuota social o parte de interés (artículo 150 del Estatuto Mercantil).

El carácter esencial de la participación en las utilidades es tan notorio que el artículo 150 ya citado prevé que las cláusulas del contrato que priven de toda participación de las utilidades a alguno de los asociados, se tendrán por no escritas, a pesar de su aceptación por parte de los socios afectados con ellas. A su vez el artículo 898 ibídem califica de inexistente el negocio jurídico entre los varios eventos, cuando falte alguno de sus elementos esenciales.

b. El derecho a participar en las utilidades se concreta en el momento en que son aprobados por la asamblea general de accionistas o junta de socios los estados financieros de cada ejercicio social, con la consiguiente obligación que surge para el ente jurídico de efectuar el pago.

c. Según lo dispone el artículo 455 en su inciso segundo el pago de las utilidades se harán dinero efectivo, en las épocas que acuerde el máximo órgano rector al decretarlo y a quien tenga la calidad de accionista al momento de hacerse exigible el mismo.

De la norma mencionada se infiere además de lo expresado, que las utilidades se decretan y se pagan con relación a las acciones suscritas y no con relación a las personas, así como que quien exige el pago de las mismas debe acreditar su calidad de accionista conforme a los títulos que haya expedido la sociedad (artículo 399 ibídem).

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

d. Diferente es que en un ejercicio determinado un accionista renuncie al cobro de las utilidades que le corresponden en beneficio de la sociedad, de otros accionistas o de terceros, caso en el cual se configura una donación, con la particularidad de que esas utilidades también se generaron con base en acciones suscritas, de manera que no se puede hablar de acciones en circulación que no generaron utilidades, o como lo prescribe el artículo 418 del Código de Comercio al expresar que los dividendos pendientes pertenecerán al adquirente de las acciones desde la fecha de la carta de traspaso, salvo pacto en contrario de las partes, evento este en donde si así se estipula habrá un titular de acciones sin utilidades en el respectivo ejercicio, pero nunca unas acciones sin su correspondiente porcentaje en las mismas.

(Oficio EX-19433, Oct. 5 de 1989).

4. LA PERSONA QUE ADQUIERE LA CALIDAD DE ACCIONISTA MEDIANTE SUSCRIPCION DE ACCIONES, NO TIENE DERECHO A PERCIBIR UTILIDADES ORIGINADAS EN EPOCA ANTERIOR A SUS INGRESOS COMO SOCIO DEL ENTE JURIDICO.

No puede entenderse la existencia del ente social sin que cada asociado tenga derecho a participar de los beneficios apreciables en dinero que el desarrollo de su objeto genere en un período determinado, denominado ejercicio social. El móvil que induce a un inversionista a vincularse a una compañía es el fin de lucro; es así como el artículo 379 numeral 2o. consagra el derecho que tiene el accionista a percibir una parte proporcional de las utilidades establecidas por los balance de fin de ejercicio con sujeción a lo dispuesto en la ley o en los estatutos.

Ahora bien, la participación en las utilidades es una mera expectativa que tiene el asociado y que se concreta una vez el órgano Rector apruebe su distribución, previas las deducciones pertinentes (provisión para impuestos, reserva legal, estatutarias y ocasionales).

La inquietud se centra en la forma como deben decretarse los dividendos, para lo cual es necesario hacer una interpretación integral de las normas que regulan esta materia así:

El artículo 150 del Estatuto Mercantil dispone que, salvo norma estatutaria válida, la distribución de las utilidades se hará en proporción a la parte pagada del valor nominal de las acciones, cuotas o partes de interés.

El artículo 156 ibídem, establece que las sumas debidas a los asociados por concepto de utilidades forman parte del pasivo externo de la sociedad y pueden exigirse judicialmente.

El artículo 451 del mismo estatuto, señala que la distribución de las utilidades se hará entre los accionistas una vez aprobada por la asamblea, las cuales deben estar justificadas por balances fidedignos.

De las normas relacionadas, se deduce que las utilidades que se decretan son las generadas en el ejercicio inmediatamente anterior, o aquellas de períodos precedentes que por disposición del Máximo órgano Social no fueron repartidas en su oportunidad. Se dijo que el asociado tiene una mera expectativa o vocación frente a los beneficios, que solo se concreta si éstos en verdad se producen y si son decretados por la Asamblea General de Accionistas.

Vale la pena agregar, que el aprobarse la distribución de utilidades, nace una obligación a cargo de la sociedad, que en adelante es deudora, a favor de quien tenga la calidad de accionista, siendo éste en consecuencia acreedor de la compañía, a quien no puede desconocérsele su derecho.

La obligación que surge a cargo de la sociedad es ordinariamente dar una suma de dinero determinada, esto es, la proporción que estatutariamente se haya pactado o la que en su defecto señala el artículo 150 ibídem, la cual debe cuantificarse por la Asamblea en el momento de decretarse el pago de las utilidades. Esta obligación debe cumplirse en las fechas que fije dicho Organo, siempre dentro del año siguiente según lo establece el aludido artículo 156, lo cual quiere decir que los asambleistas pueden decidir si los dividendos debe pagarlos la sociedad en una sola cuota o en varias.

Se concluye entonces, que indefectiblemente debe determinarse al aprobarse el reparto de utilidades la cuantía y la fecha en que han de cancelarse; además, el acta correspondiente a esa reunión de la Asamblea y el balance de fin de ejercicio en el cual se soportan dichos dividendos prestan mérito ejecutivo, razón por la cual deben contener una obligación clara, expresa y exigible (art. 156 del Código de Comercio y 488 del Código de Procedimiento Civil).

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

En este punto es imperativo reiterar que las utilidades corresponden a un ejercicio ya culminado; por esto es por lo que el artículo 418 del Estatuto Mercantil dispone que si se enajenan acciones que tengan dividendos pendientes, estos pertenecerán al adquirente desde la fecha de la carta de traspaso, salvo pacto en contrario. Esta norma es concordante con lo dispuesto por el artículo 455 inciso 2o. ibídem, que no hace otra cosa que regular la manera como debe cumplir la sociedad con su obligación de jugar los dividendos pendientes, estableciendo que lo harán en efectivo, en la época en que la asamblea lo haya acordado y a quien en la fecha en que es exigible posee la calidad de accionista, pues es propietario de la acción que originó esos dividendos pendientes, de allí la regla consagrada por el artículo 418 op. cit.

Es necesario distinguir entre la negociación y la colocación de acciones. En efecto la primera implica que el adquirente de las acciones en el evento de que existan dividendos pendientes, pueda hacer exigible su pago de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 418 en concordancia con el inciso 455 inciso 2o. del Estatuto Mercantil, de conformidad con el criterio expuesto en párrafos anteriores, salvo que en la negociación de dichas acciones, en virtud de la autonomía de la voluntad de los contratantes, el tradente hubiere llegado a un acuerdo con el adquirente consistente en que el primero se reserva expresamente el derecho a percibir las utilidades por pagar.

En situación distinta se encuentra la persona que adquiere la calidad de accionista al suscribir acciones por una nueva emisión, quien solo al entregar su aporte aumentando así el capital suscrito de la compañía, entra a participar en el área que implica el desarrollo de las actividades sociales, por tanto no es posible admitir que ese "nuevo accionista" tenga derecho a percibir utilidades originadas en época anterior al momento en que hace efectivo su ingreso como socio del ente jurídico, pues lo contrario implicaría un desconocimiento de los presupuestos y principios en que se funda el concepto de sociedad.

(Oficio AN-15646, julio 17 de 1991).

5. CAPITALIZACION DE UTILIDADES

NO ES POSIBLE CONSAGRAR CON CARACTER PERMANENTE LA CAPITALIZACION DE UTILIDADES

En primer término y para el caso concreto de sociedades anónimas cuyos socios son todos entidades públicas, es necesario precisar que de conformidad con el artículo 4 del Decreto 130 de 1976, las sociedades que se creen por la participación exclusiva de entidades públicas con el fin de desarrollar actividades de naturaleza industrial o comercial, se someterán a las normas previstas para las empresas industriales o comerciales del Estado.

A su vez el artículo 31 del Decreto 3130 de 1968, establece que los actos y hechos que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales están sujetos a las reglas de derecho privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia.

Así las cosas, tenemos que las sociedades referidas deben por expresa disposición de la ley regirse por las normas del Código de Comercio y es así como en ***el artículo 98 se consagra como finalidad del contrato de sociedad y como elemento esencial del mismo el reparto de las utilidades obtenidas entre los asociados.***

Igualmente el ***artículo 150 ibídem,*** *establece que la distribución de las utilidades debe hacerse en proporción a la parte pagada del valor nominal de las acciones, si en los estatutos no se ha previsto válidamente otra cosa.* ***El carácter esencial de la participación en las utilidades sobresale en este artículo al consagrarse que las cláusulas del contrato que priven de toda participación en las utilidades a alguno de los socios, se tendrán por no escritas a pesar de su aceptación por parte de los socios afectados con ellas.***

Así mismo, ***el artículo 155*** *del señalado código es categórico en el sentido de que las sociedades deben repartir por lo menos el 50% de las utilidades líquidas obtenidas en cada ejercicio, a no ser que la asamblea o junta de socios con la mayoría del 70% de las acciones, cuotas o partes de interés allí representadas, decida cosa diferente.*

Por su parte ***el artículo 455*** *de la codificación mercantil, consagra que el pago del dividendo debe hacerse en dinero efectivo, en las épocas que acuerde la*

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Asamblea General al decretarlo y a quien tenga la calidad de accionista al tiempo de hacerse exigible cada pago, permitiendo no obstante que ese dividendo pueda pagarse en forma de acciones liberadas de la misma sociedad, pero sólo si así lo dispone la asamblea con el voto del ochenta por ciento de las acciones representadas, pues a falta de esta mayoría, sólo podrán entregarse tales acciones a título de dividendo a los accionistas que así lo acepten.

De las normas legales citadas se infiere que dado el carácter esencial del elemento utilidad en el contrato de sociedad, se ocupó nuestra legislación de regular y propender por el efectivo pago a los asociados de las utilidades que se generen en el desarrollo de la empresa social mediante la consagración de mandatos imperativos que solo por vía de excepción, permiten el no pago o pago parcial de utilidades o el pago en forma diferente al dinero, pero estableciendo para uno u otro caso, condiciones especiales para que puedan llevarse a cabo, condiciones que reafirman precisamente ese carácter exceptivo.

Es por ello que a juicio de este Despacho, no es viable pactar en los estatutos de una sociedad que las utilidades de la misma deban siempre capitalizarse ya que la permanencia que ello le daría a dicha modalidad de pago, atentaría contra el carácter exceptivo mencionado y por lo tanto contra el principio general acerca de la forma en que deben pagarse las señaladas utilidades.

Cosa diferente es que la asamblea general de accionistas como máximo Organo de la voluntad social, decida en cada oportunidad pagar las utilidades obtenidas en el ejercicio social respectivo en forma de acciones liberadas, previo el cumplimiento de los requisitos aludidos.

(Oficio 220-17572 agosto 3 1993).

Superintendencia de Sociedades
BIBLIOTECA

Esta obra se realizó en los Talleres de Artes
Gráficas de la Superintendencia de Sociedades

CIELO ZABALETA LOPEZ
Jefe Oficina de Divulgación y Comunicaciones

CARLOS MANUEL PINEDA RODRIGUEZ
Diseño y Producción

DIANA YOLANDA BARBOSA CASTRO
Coordinadora de Producción

EVELYN SUAREZ ELBEYE
ALEXANDRA PARDO CASANOVA
MARIO SALAZAR CHICA
Corrección de Estilo

ALFREDO GUTIERREZ MAYORGA
RICARDO LEON ALMEIDA ANGARITA
LUIS ENRIQUE RODRIGUEZ
Impresión Offset Davidson - Gestetner

GABRIEL DARIO HERNANDEZ GALINDO
Compaginación Sorter M-60

ELVIA GONZALEZ MATEUS
ARMANDO VILLAMARIN QUINTERO
Supervisión Compaginación

HERMILSON SANCHEZ HERNANDEZ
JULIO CESAR TANGARIFE GIRALDO
EDGAR JAIME VIDAL
Acabado Final

COLOMBIA

1995