346.0669861
S86d
2000
Ej 2

# DOCTRINAS Y CONCEPTOS JURÍDICOS

**2000**

## PRESENTACIÓN

Con el propósito de continuar la tradición de esta Superintendencia, es muy grato presentar un nuevo volumen del libro "Doctrinas y Conceptos Jurídicos", cuya finalidad consiste en recoger y divulgar la interpretación que esta entidad hace de la legislación jurídica mercantil con ocasión del ejercicio de sus funciones.

Este volumen recoge nuevos conceptos relacionados con la ley 222 de 1995 cuyas disposiciones, una vez transcurridos cuatro años desde su entrada en vigencia, han sido ya objeto de una importante decantación y armonización con el resto del ordenamiento mercantil.

La publicación constituye, así mismo, un reconocimiento al trabajo de los funcionarios que han contribuido a la construcción de la doctrina de la entidad, y un medio a través del cual se propone su examen a la comunidad, de manera que pueda enriquecerse y corregirse en forma continua y logre abarcar un número amplio de temas que recaigan sobre asuntos de utilidad práctica.

JORGE PINZÓN SÁNCHEZ
Superintendente de Sociedades

**JORGE PINZÓN SÁNCHEZ**
Superintendente de Sociedades

**SILVIA EUGENIA LOPERA UPEGUI**
Superintendente Delegada para la Inspección,
Vigilancia y Control

**JUAN JOSÉ RODRÍGUEZ ESPÍTIA**
Superintendente Delegado para los
Procedimientos Mercantiles

**EDUARDO CHARRY GUTIÉRREZ**
Secretario General

**MARÍA TERESA GIL GARCÍA**
Jefe Oficina Jurídica (e)

## Indice

**PRESENTACIÓN** ..... **5**

**ABUSO DE LA FIGURA SOCIETARIA**
Levantamiento del velo corporativo ..... 19
Sociedades de fachada ..... 26
Aplicación del "disregard" en la legislación colombiana. ..... 44

**ACCIONES**
Contrato de permuta para readquirir acciones propias de la sociedad anónima ..... 46
La compraventa de acciones no es un contrato aleatorio ..... 49
Readquisición de acciones por una sociedad mediante la dación en pago ..... 52

**ACTAS**
Actas aprobadas por una comisión ..... 55
Elaboración de actas de acuerdo al Artículo 21 de la Ley 222 de 1995 ..... 58
Pérdida del Libro De Actas y forma de reconstruirlo ..... 60

**ADMINISTRADORES**
Apoderados generales artículo 185 del Código de Comercio ..... 63
Aprobación de decisiones en asamblea general de accionistas ..... 64
Informe de gestión - Aprobación ..... 66
Elección parcial de miembros de la Junta Directiva ..... 69
Para ser miembro de junta directiva no se requiere la calidad de accionista ..... 72
Imposibilidad de aceptar la renuncia del gerente y revisor fiscal ..... 73
Un socio en su calidad de presidente de la compañía puede simultáneamente tener la calidad de trabajador. ..... 94
Sanciones aplicables a los agentes especiales designados para administrar los negocios, bienes y haberes de una persona natural o jurídica que desarrolla la actividad de vivienda ..... 100

**ASOCIADOS**
Responsabilidad solidaria de los socios gestores ..... 102
Un socio puede votar su propia reelección o destitución como gerente o miembro de la junta directiva de una sociedad comercial. ..... 104

**CÁLCULO ACTUARIAL**
Diferencia entre el pago de mesadas pensionales y la obligación de amortizar el pasivo pensional ..... 106
Amortización del cálculo actuarial por pensiones de jubilación hasta el año 2.015. ..... 107
Se debe calcular reserva de supervivencia al personal soltero ..... 109
La Superintendencia de Sociedades no tiene competencia para aprobar cálculos actuariales de entidades sometidas a la vigilancia de otra superintendencia ..... 110
El monto de las mesadas pensionales no puede ser incrementado con las cifras correspondientes a "salud" porque sobreestima el total de las reservas actuariales ..... 113

**CAPACIDAD DE LA SOCIEDAD**
Realización de donaciones por parte de sociedades comerciales ..... 115
Capacidad social y facultades de los administradores ..... 124

**CAPITAL**
La reducción del capital con efectivo reembolso proveniente total o parcialmente de la capitalización de la revalorización del patrimonio no es jurídicamente viable ..... 127
Disminución de capital para enjugar pérdidas ..... 159

**COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**
Atribuciones de la superintendencia de sociedades frente a las entidades vigiladas por la Superintendencia Nacional de Salud ..... 161
Competencia de la Superintendencia de Sociedades y de la Superintendencia de Servicios Públicos – Competencia residual ..... 168
Vigilancia sobre sociedades dedicadas a la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda ..... 179
El debido proceso en la actuacion administrativa de la Superintendencia de Sociedades ..... 180





Competencia discrecional y reglada ..... 184
Aprobación de avalúos de aportes en especie en sociedades vigiladas y controladas ..... 187

**CONSORCIOS**
Definición de consorcios empresariales. Diferencias con las sociedades comerciales ..... 190
En las licitaciones que se adelanten con las entidades estatales, se aceptan como proponentes a los consorcios y uniones temporales ..... 192

**DENOMINACIÓN - RAZÓN SOCIAL**
No es factible utilizar en la denominación social expresiones propias de la actividad financiera. ..... 195
Consecuencias del embargo de la razón social ..... 197

**DERECHO DE INSPECCIÓN**
Alcance del derecho de inspección ..... 200
El derecho de inspección y su aplicación en los distintos tipos de sociedades contempladas en el Código de Comercio ..... 202

**DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN**
Cuándo se concreta el punto de partida de los seis meses que ofrece la ley para enervar la causal de disolución por pérdidas ..... 206
Competencia de la Superintendencia de Sociedades en el trámite de la liquidación ..... 208
Necesidad de acudir a la liquidación judicial de que trata el artículo 627 del C.P.C. ..... 209
Nombramiento del liquidador por parte de la Superintendencia de Sociedades ..... 210
Suscripción, negociación de acciones y adjudicación de bienes en especie en una sociedad que adelanta una liquidación privada ..... 212
Es potestativo el cambio de liquidación privada a liquidación obligatoria ..... 218

**EMPRESAS UNIPERSONALES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA**
Inhabilidades del empresario unipersonal ..... 221
Viabilidad para que una entidad sin ánimo de lucro pueda crear una empresa unipersonal. ..... 222
Titular de la empresa unipersonal y capacidad de contratación ..... 228

**ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO**
Fusión de entidades sin ánimo de lucro ..... 231
No es viable la transformación de una entidad sin ánimo de lucro en una sociedad comercial ..... 234
No es posible transformar una cooperativa en sociedad ..... 238

**ESCISIÓN**
Participación de los socios de la sociedad escindente en las sociedades beneficiarias ..... 239
Tradición de los bienes inmuebles y demás bienes sujetos a registro comprometidos en la escisión de sociedades del sector real ..... 248
Tratamiento contable en el proceso de escisión ..... 251
Transferencia de derechos de la escindente a la escindida ..... 256
Escisión de sociedades - Distribución de la cuenta de revalorización de patrimonio ..... 267
Autorización de la Superintendencia de Industria y Comercio ..... 274
La constitución de personas jurídicas no societarias, como consecuencia de una escisión de sociedades ..... 278

**ESTADOS FINANCIEROS**
El representante legal y el revisor fiscal deben rendir conjuntamente las explicaciones sobre las observaciones que se formulen a los estados financieros ..... 287
Reconstrucción de estados financieros ..... 288
Obligación de hacer depósito de los estados financieros ..... 290
Los estados financieros que reposan en la Superintendencia no tiene carácter reservado, salvo sus anexos ..... 293
Requisitos para establecer reservas ocasionales y participación de la Superintendencia ..... 298
Corresponde al máximo órgano social de la matriz aprobar los estados financieros consolidados ..... 302
Estados financieros dictaminados y certificados ..... 306

**EXTINCIÓN DE DOMINIO**
Definición y bienes objeto de la acción ..... 310
Implicaciones de la medida de incautación sobre una sociedad y sus órganos sociales ..... 315
Consecuencias de la incautación de una sociedad cuando no todos sus accionistas son sujetos de una acción de extinción de dominio ..... 323





**FIDUCIA MERCANTIL**
Sistema adoptado en la legislación colombiana y la "transferencia" como elemento esencial del negocio jurídico ..... 330
De la celebración del contrato surgen para el fideicomitente "los derechos fiduciarios" ..... 332
Fiducia Mercantil de garantía - Ausencia de definición legal - Defindón por vía doctrinaria ..... 334
Características ..... 336
Fiducia de garantía y los procesos concursales ..... 347
Conclusiones del contrato de fiducia ..... 356
Los acreedores titulares de certificados de garantía se asimilan a prendarios o hipotecarios para los efectos de la calificación y graduación de créditos ..... 358

**FONDOS GANADEROS**
Prevalencia del artículo 60 de la C. P. para la enajenación de acciones en los fondos ganaderos ..... 361

**FUSIÓN**
El término para que sea viable la fusión impropia, como medida para evitar la liquidación, se cuenta a partir de la inscripción de la disolución en el registro mercantil ..... 365
Reconstitución de sociedad disuelta ..... 369
Transferencia de acciones con ocasión de una fusión y derecho de preferencia ..... 371

**GRUPO EMPRESARIAL MATRICES Y SUBORDINADAS**
Los Supuestos de subordinación
I. No son Taxativos.. ..... 373
II. Puede configurarse la situación de control sin que la matriz o controlante participe en el capital de la subordinada – Consolidación de estados financieros— utilidades. ..... 375
III. Desvirtuamiento de la presunción legal de la situación de control, subordinación y mayorías decisorias ..... 378
Concepto de "Unidad de Propósito y Dirección"
I. Eventos en que se configura.. ..... 380
II. La capacidad de los integrantes de un grupo empresarial se determina individualmente ..... 384
Las empresas unipersonales o personas jurídicas de naturaleza no societaria pueden ejercer el control sobre sociedades comerciales ..... 389

La matriz o controlante extranjera debe registrar en Cámara de Comercio la situación de control o grupo empresarial, pero la elaboración y preparación de los estados financieros consolidados corresponde a las subordinadas en Colombia. ..... 392
Certificación de situaciones de control y grupos empresariales ..... 397
El contrato de fiducia puede generar situación de control por subordinación contractual-Consolidación de estados financieros ..... 397
Las matrices o controlantes pueden ser responsables subsidiarias de las obligaciones de las filiales o subordinadas ..... 401
La obligación de registrar la situación de control subsiste aunque la sociedad se encuentre en liquidación privada o voluntaria , no así la de consolidar los estados financieros ..... 404
Consecuencia de la declaratoria de grupo frente a la sociedad que tramita un proceso concursal ..... 406
Las entidades descentralizadas del estado pueden tener la calidad de matrices o controlantes. – obligación de registro y preparación y difusión de los estados financieros consolidados .... 407

**INEFICACIA**

Competencia de la Superintendencia de Sociedades frente a las irregularidades en la enajenación de acciones ..... 415

**INVERSIÓN EXTRANJERA**

Competencia de la Superintendencia de Sociedades para imponer sanciones a personas naturales por violación al régimen cambiario, cuando provenga de endeudamiento por importación y exportación ..... 417
La responsabilidad en materia cambiaria es objetiva ..... 419
Infracción cambiaria continuada ..... 419
Régimen cambiario sancionatorio ..... 420
Definición de competencia en materia de infracción cambiaria ..... 423

**PERITOS**

La Superintendencia de Sociedades es competente para designar peritos en los casos previstos por la ley ..... 426
Designación de peritos avaluadores en el marco del derecho de preferencia en la negociación de acciones. ..... 428
El dictamen pericial y su fuerza vinculante frente a las partes ..... 432





**PROCESOS CONCURSALES**

Las empresas promotoras de salud (E. P. S.) y las instituciones prestadoras del servicio de salud (I. P. S.) no pueden acceder a procesos concursales ..... 435
Las sociedades extranjeras y las empresas unipersonales pueden acceder a procesos concursales ante la Superintendencia de Sociedades ..... 437
Los procesos concursales de las sociedades civiles son de competencia de esta Superintendencia ..... 439
Eventos en los cuales la Superintendencia de Sociedades es competente para conocer de procesos concursales de entidades deportivas y clubes con deportistas profesionales ..... 441
Régimen normativo aplicable a las personas naturales o jurídicas dedicadas a la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, entratándose de procesos concursales y competencia. ..... 445
Algunos principios aplicables en los procesos concursales ..... 448
Término para la fijación de estados en los procesos concursales ..... 450
Poderes y documentos que requieren presentación personal o reconocimiento según la Ley 446/98 Art. 11 ..... 453
La acumulación procesal es viable en el concordato, no es procedente en la liquidación obligatoria ..... 455
Procedencia de la inscripción de la acción revocatoria en los procesos concursales ..... 459
El decreto de embargos, levantamiento de medidas cautelares, cancelación, o modificación de gravámenes, están exentos de pago de derechos de registro ..... 462
La cesión de créditos y/o derechos litigiosos, incorporados en un proceso concursal, no están exentos del pago del impuesto de timbre ..... 463
Las obligaciones fiscales pendientes de pago no pueden ser compensadas con saldos a favor del acreedor, por cuanto el crédito debe presentarse dentro del concurso. ..... 466
Los funcionarios comisionados por la Dian no requieren la condición de abogados - articulo 120 Ley 222/95 y 848 Estatuto Tributario ..... 476
Bienes muebles gravados con garantía prendaria en los procesos concursales ..... 478
La factura cambiaria y el deudor en proceso concursal ..... 481

No es procedente la exclusión y entrega de un bien inmueble, cuando por falta del registro correspondiente, el titular del mismo es la sociedad deudora ..... 485
Procedencia de la incorporación de procesos ejecutivos en trámites concursales - Ejecutoria de la providencia aprobatoria del remate - ..... 488
El derecho de petición no procede en la actividad jurisdiccional (Sentencia C. C. T-426 junio 24/92) - La solicitud de nulidad no puede revivir oportunidades procesales precluídas (Sentencia T-025/95 C-491/95). ..... 494

**I. CONCORDATOS**

La facultad discrecional del superintendente para admitir o no a una sociedad al concordato no viola el principio de igualdad ..... 499
Restitución de bienes muebles e inmuebles que detenta el deudor en concordato ..... 500
El Superintendente de Sociedades puede rechazar créditos, aunque hubieren sido conciliados ..... 513
El revisor fiscal no puede ser nombrado por la junta de acreedores ..... 514
Es procedente otorgar garantía real sobre bienes afectos al trámite concursal para respaldar el pago de gastos de administración ..... 514
Para facilitar un acuerdo concordatario, se puede autorizar un acuerdo de pago con un acreedor ..... 517
Créditos fiscales y parafiscales dentro del acuerdo concordatario ..... 518
I. Prevalencia de la Ley 222/95 frente al estatuto tributario ..... 518
II. Están Sujetos a las reglas reglas señaladas para los demás acreedores ..... 523
Efectos del incumplimiento del concordato frente a los créditos concordatarios y post concordatarios ..... 528
Es posible suspender los servicios públicos cuando no se han atendido obligaciones post concordatarias ..... 529
Algunas consideraciones respecto a la aprobación del acuerdo concordatario privado ..... 532
La variación a las reglas del Órgano de Fiscalización en la etapa de ejecución del acuerdo corresponde al deudor y acreedores. ..... 536
Oportunidad para solicitar la declaratoria de nulidad del acuerdo concordatario ..... 538





**II. LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA**

Efectos de la apertura del trámite liquidatorio repecto de los administradores con vínculo laboral ..... 541
Efectos de la apertura del trámite liquidatorio respecto de los bienes del deudor ..... 543
Efectos de la apertura del trámite liquidatorio respecto de la notificación a los acreedores del deudor ..... 546
Prueba sumaria en liquidación obligatoria ..... 547
Gastos de administración en la liquidación obligatoria ..... 548
Medidas cautelares decretadas y practicadas en procesos ejecutivos incorporados al trámite liquidatorio ..... 550
Pago de créditos privilegiados anticipado a la calificación y graduación, por medio de dación en pago ..... 552
Suplentes personales de miembros de la junta asesora del liquidador. Convocatoria ..... 555
Alcance del artículo 174 de la Ley 222 de 1995 ..... 556
Plan de pagos en la liquidación obligatoria ..... 558
Generalidades del trámite liquidatorio - Procedencia de la dación en pago - Improcedencia de alteración de la prelación al pago ..... 560
Inhabilidad para ejercer el cargo de liquidador en una liquidación obligatoria ..... 563
Obligaciones y responsabilidades de los administradores, liquidadores, revisores fiscales y contadores en una sociedad que tramita proceso de liquidación obligatoria. ..... 567
La remoción del liquidador por la Superintendencia de Sociedades es un acto jurisdiccional ..... 573
Terminación de la liquidación obligatoria por fuerza mayor ..... 574
Diferencias entre liquidación obligatoria y liquidación privada ..... 577

**REUNIONES DEL MÁXIMO ÓRGANO SOCIAL**

Desconvocatoria de las reuniones del máximo órgano social ..... 579
Los votos en blanco frente a decisiones del máximo órgano social ..... 580
Alcances del artículo 20 de la Ley 222 de 1995 ..... 581
Opciones para adoptar las decisiones De la asamblea propias de la sesión ordinaria ..... 583
Quórum y mayorías a la vigencia de la Ley 222 de 1995 ..... 589
Poderes para representar a los accionistas a la Luz de la Ley 222 de 1995 ..... 594
La "reunión por derecho propio" procede si no es oportuna la convocatoria para la reunion ordinaria ..... 598

**SOCIEDAD EN COMANDITA**
Facultades de los gestores ..... 601

**SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA**
Transferencia de cuotas sociales por adjudicación y venta de derechos herenciales ..... 606
No existe obligación para un socio de aumentar su aporte, salvo disposición en contrario ..... 607
Causal de disolución por pérdidas ..... 609
Responsabilidad de los asociados ..... 610
Reuniones de segunda convocatoria ..... 613
Derecho de inspección en sociedad de responsabilidad limitada ..... 617

**SOCIEDADES DE HECHO**
La sociedad de hecho carece de razón social y de representación legal ..... 621
Competencia de la Superintendencia respecto de las discrepancias sobre la ocurrencia de las causales de disolución de las sociedades de hecho, a la luz del artículo 138 de la ley 446 de 1.998 ..... 623

**SOCIEDADES CIVILES**
Alcance de la unificación del régimen mercantil a las sociedades civiles ..... 629
Competencia de la Superintendencia de Sociedades frente a las sociedades de carácter civil ..... 637

**SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA**
Las sociedades de economía mixta en la nueva legislación - artículo 97 de la Ley 489 de 1998 ..... 640
Enajenación de la participación accionaria por parte del estado ..... 646

**SUCURSALES**
Facultades del mandatario de la sucursal ..... 651
La disminución de capital en las sucursales sigue las reglas de las sociedades comerciales ..... 652
La inversión suplementaria hace parte del capital de la sucursal ..... 653
Actividades permanentes - Participación en contratos con entidades públicas por la vía de uniones temporales ..... 655
El nombre de la sucursal de una sociedad extranjera no puede ser diferente al de la matriz ..... 663

**UTILIDADES**
La mayoría para la distribución de utilidades ..... 667





## ÚLTIMA ACTUALIZACIÓN

Ratificación retroactiva de una decisión social ineficaz.....671

# ABUSO DE LA FIGURA SOCIETARIA

## LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO

***"1. Sabiendo que la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia no es predicable, con qué instrumentos jurídicos cuenta la justicia colombiana para combatir el abuso de la figura societaria?"***

En cuanto al abuso de la figura societaria, debemos señalar que el ordenamiento jurídico contempla diversos mecanismos a través de los cuales se hace frente al abuso que eventualmente pueda hacerse de la cobertura de la personalidad jurídica de la cual se ha dotado a la sociedad.

Con un ánimo meramente ilustrativo a continuación se mencionarán algunas de las conductas nocivas que pueden cometerse como resultado del abuso de la referida cobertura:

a) Sociedades en las cuales todo el poder de gestión y decisión se centra en un único socio y sin embargo adoptan la forma de compañías de responsabilidad limitada o anónima;

b) Desviación de la finalidad social;

c) Constitución de compañías mediante la figura de los prestanombres y

d) Creación de sociedades para causar perjuicios a terceros.

Expuesto lo anterior, es claro que cada día ha tomado mayor entidad la figura del allanamiento de la personalidad o levantamiento del velo corporativo, con el propósito de enfrentar de manera eficaz a las maniobras que lejos de enfocarse a la satisfacción de la finalidad social, se encaminan a dar cumplimiento a intereses personales, desnaturalizando la figura societaria y utilizándola como instrumento para desconocer los derechos de terceros.

Es pertinente destacar que el allanamiento de la personalidad o la desestimación de la calidad de sujeto de derecho de la sociedad, con lo cual se logra penetrar hasta las personas que se encuentran encubiertas por el velo de la personalidad jurídica, puede ser el resultado de una acción de simulación absoluta de la sociedad o de nulidad por objeto ilícito, en cuyo caso es viable desde el punto de vista legal hablar de desestimación propiamente dicha o "absoluta", o bien puede llegarse al desconocimiento de la personalidad cuando el resultado de la acción intentada sea la inoponibilidad o la ineficacia respecto de un determinado acreedor, evento en el cual se estaría frente a una desestimación "limitada" o "parcial", pudiendo afirmarse que adquiere un valor convencional, o cuando como consecuencia del ejercicio de la acción, la apertura de un proceso concursal de una persona se extiende a otra.

Adicionalmente, la Ley 222 de 1995 contempla en su artículo 24 la responsabilidad solidaria e ilimitada de los administradores por los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

Igualmente la precitada Ley consagra en su artículo 43 la responsabilidad penal para aquellos que se encuentren dentro una cualquiera de las hipótesis allí previstas.

En cuanto al abuso del derecho, se impone detenerse en la sentencia de septiembre 6 de 1.935 proferida por la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, cuyos apartes más importantes se transcriben a continuación:

"Para ver sí la teoría del abuso del derecho es aplicable de conformidad con nuestra legislación, es conveniente analizar lo que se entiende por ella.

Tiene por fundamento la consideración de que el derecho es una función que debe ejercerse para el cumplimiento del fin social y sobre la base de estricta justicia, o sea, sin traspasar los límites de la moral; porque - como dicen los tratadistas de esta teoría - "no se conforma el derecho con el ejercicio de las facultades que con arreglo a las normas nos corresponden ; exige que las mismas





sean ejercidas no sólo sin prejuicio de los demás, del todo social, sino también con la intención de no dañar con un fin lícito y moral simultáneo."

Sobre estos conceptos se ha planteado, teóricamente apenas, si el uso de un derecho, dentro de su normalidad objetiva, pero sin fin lícito con fin malicioso, podrá o deberá ser protegido por el derecho objetivo, problema que se trata de resolver con la doctrina mencionada, cuya causa determinante se ha pretendido fijar con dos criterios:

El primero, que la base sobre la apreciación de la intención de perjudicar al ejercerse el derecho. Los defensores de este aspecto de la doctrina se colocan en un plano puramente subjetivo, juzgando abusivo el ejercicio de un derecho cuando el móvil del agente se reduce a la intención de hacer daño.

El segundo criterio la hace fundar en la falta de interés serio y legítimo, o sea apartamiento del fin económico y social en un ejercicio anormal del derecho.

Sus partidarios consideran ilícito el acto realizado sin interés importante y genuino por parte del actuante y cuyo efecto sólo puede ser el perjudicar a otro. Estas dos tendencias han sido conciliadas por otros autores reuniéndolas en una sola teoría, consideran que para que exista el abuso del derecho es preciso intención de dañar y falta de un fin útil"

En este análisis no debe perderse de vista que el artículo 830 del estatuto mercantil, consagró legislativamente la figura del abuso del derecho, la cual había sido admitida en derecho colombiano por una creación jurisprudencial.

Finalmente, de conformidad con las disposiciones que regulan las atribuciones de esta superintendencia, habrá lugar a la imposición de sanciones a quienes violen la ley o los estatutos, las cuales serían en este caso predicables de la sociedad como sujeto de derecho y de los administradores. Igualmente, resultaría

procedente la aplicación de la acción social de responsabilidad de que trata el artículo 25 de la ley 222 de 1.995.

**"2. Es aplicable el levantamiento de velo corporativo de sospecharse que una sociedad está siendo utilizada en el lavado de activos".**

En primer término se hace necesario resaltar que en derecho colombiano no existe una definición legal de la expresión "levantar el velo corporativo".

Una vez hecha la referida precisión, conviene hacer énfasis en que la personalidad jurídica en las sociedades comerciales es un recurso técnico de limitación de la responsabilidad, razón por la cual en aquellos casos en los cuales se haga uso de la figura societaria para originar un fraude a la ley o a los acreedores o respecto de terceros, hay lugar a la aplicación de los correctivos necesarios (simulación o nulidad absoluta de la compañía), para lograr así penetrar hasta aquellas personas que se encuentran encubiertas por el velo de la personalidad jurídica.

En este orden de ideas se pone de presente que en materia de derecho societario colombiano, puede superarse la barrera de la personalidad jurídica de la compañía, en los casos previstos en los artículos 71,148 y 207 de la ley 222 de 1.995.

Por su parte el artículo 44 de la Ley 190 de 1995, establece:

"Las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta".

Es pertinente reseñar que la aludida disposición tiene como finalidad impedir que a través de la creación de una compañía se evadan o transgredan las prohibiciones e incompatibilidades para las personas naturales, se dificulte la investigación de delitos contra la administración pública, o se legalicen y oculten los bienes provenientes de actividades ilícitas. Con los mencionados propósitos se pretende descubrir el beneficiario oculto, para lo cual





se levantará el velo corporativo (lifting the corporate vel), con lo cual aparece de manera contundente que la sociedad ya no será un ente distinto de sus socios.

Así las cosas, es claro que el hecho de que la sociedad, una vez constituida legalmente, forme una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, es una realidad que no se hace extensiva al campo del derecho penal, máxime si se tiene en cuenta que la compañía puede ser utilizada como medio para la comisión de hechos punibles.

Expuesto lo anterior, resulta pertinente mencionar que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en auto del 20 de enero de 1993, Rad 7183 expresó:

"El que para efectos comerciales y civiles la persona jurídica sea un ente distinto de sus socios, es una verdad que no trasciende al ámbito penal (...).

En el evento de las personas jurídicas, su patrimonio está constituido por el haber de los socios y sus actividades responden a la voluntad de sus dueños, quienes a través de ellas persiguen su propio beneficio. Si ello es así, la empresa misma puede servir de medio para cometer acciones delictuosas".

**"3. Cuál sería la forma en que se podría instrumentalizar el levantamiento del velo corporativo en la lucha contra el lavado de activos?"**

Antes de abordar de manera puntal el presente cuestionamiento, se considera pertinente detenerse en los tres casos, que de conformidad con lo dispuesto en la ley 222 de 1995, dan lugar a la desestimación o desconocimiento de la personalidad, a saber:

a). Artículo 71. Cuando las empresas unipersonales se utilicen "en fraude a la ley o en perjuicio de terceros".

Esta disposición establece una responsabilidad del titular de la empresa y los administradores, cuando aquella se utilice en fraude a la ley o en perjuicio de terceros.

b). Artículo 148 Parágrafo. La matriz o controlante responderá de manera subsidiaria por las obligaciones de la subordinada en concordato, cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria se haya producido por causa o con ocasión de actuaciones de la matriz o controlante en virtud de la subordinación.

c). Artículo 207. Cuando se demuestre que los socios hicieron uso de la sociedad para defraudar a los acreedores, y los bienes de la liquidación obligatoria sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos, dichos socios responderán por el faltante del pasivo externo, en proporción a los derechos que cada uno tenga en la sociedad.

Expuesto lo anterior, desde el punto de vista del derecho civil, estima este Organismo que los mecanismos mediante los cuales se concreta la figura del allanamiento de la personalidad son:

a) La acción de simulación

b) La nulidad absoluta de la sociedad (objeto o causa ilícitos).

**"4. Cuál sería la forma en que se podría instrumentalizar la liquidación obligatoria en la lucha contra el lavado de activos?"**

A este respecto es del caso acudir a la ley 365 de 1997 "Por la cual se establecen normas tendientes a combatir la delincuencia organizada y se dictan otras disposiciones", en cuyo artículo 2o se expresó "El Código de Procedimiento Penal tendrá un artículo 61A, del siguiente tenor: ARTÍCULO 61A : Cancelación de personería jurídica de sociedades u organizaciones dedicadas al desarrollo de actividades delictivas o cierre de sus locales o establecimientos abiertos al público. Cuando en cualquier momento del proceso el funcionario oficial encuentre demostrado que se han dedicado total o parcialmente personas jurídicas, sociedades u organizaciones





al desarrollo de actividades delictivas, ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la cancelación de su personería jurídica o al cierre de sus locales o establecimientos abiertos al público". (La subraya no es del texto legal)

De la disposición transcrita se concluye que respecto de las personas jurídicas a las que allí se alude no es viable, desde el punto de vista legal, ordenar la apertura de un proceso concursal en la modalidad de liquidación obligatoria, máxime si se tiene en cuenta que la finalidad de la liquidación obligatoria es la realización de los bienes del deudor, para atender en forma ordenada las obligaciones a su cargo, proceso cuya apertura se ordenará siempre que se verifique alguno de los supuestos del artículo 150 de la Ley 222 de 1995, que corresponden a la imposibilidad de atender las obligaciones a su cargo y no guardan ninguna relación con lo establecido en el artículo 61A del Código de Procedimiento Penal.

Por tanto al haber el legislador instituido el mecanismo establecido en el aludido artículo 61A consagró un herramienta más efectiva, razón por la cual no hay lugar a considerar viable la alternativa de la liquidación obligatoria, de modo que una vez cancelada la personería jurídica de la compañía sólo cabe proceder a la inmediata liquidación del patrimonio del ente societario.

**"5. Con qué facultades cuenta actualmente la Superintendencia de Sociedades para prevenir, detectar o reprimir el lavado de activos a través de la figura societaria? Qué facultades adicionales necesitaría ? Qué papel jugaría la Superintendencia de Sociedades en la lucha contra el lavado de activos si se le dan facultades específicas en el tema?".**

La Superintendencia de Sociedades cuenta en la actualidad fundamentalmente con las atribuciones a ella otorgadas por los artículos 83 a 87 de la ley 222 de 1995, mediante las cuales puede, entre otras, solicitar a cualquier sociedad comercial no vigilada por la Superintendencia Bancaria, la información que requiera sobre

la situación jurídica, contable, económica y administrativa o sobre operaciones específicas de cualquiera de ellas.

Pese a lo anterior no debe perderse de vista que el objeto primordial de las actividades de inspección, vigilancia y control ejercidas por esta Entidad no es el control de las actividades que constituyen el lavado de activos, aunque en desarrollo de sus funciones de policía judicial contempladas en el numeral 16 del artículo 2o del Decreto 1080 de 1996, en concordancia con lo dispuesto en el Libro II Título I Capítulos I y II, artículo 342 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, debe servirle de apoyo a los organismos del Estado (artículo 86 Ley 222 de 1995) que tengan dentro de su actividad tal objetivo, particularmente a la Fiscalía General de la Nación, todo ello teniendo en cuenta tanto la naturaleza jurídica de la entidad, así como su propia competencia. (Oficio 220- 12950 marzo 27 de 1998)

## SOCIEDADES DE FACHADA

**"1. Cuándo se considera que una sociedad es ficticia y por qué medios legales se establece y cuales son los alcances de una declaratoria en ese sentido por la autoridad competente.?"**

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 633 del Código Civil, "Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente". Si se toma la definición legal transcrita, se tiene que todas las personas jurídicas, entre ellas las sociedades legalmente constituídas, son "ficticias", calificativo éste que carece de definición legal y cuyo sentido en ese contexto normativo se explica al examinar la evolución del concepto de persona jurídica, y , en particular, la concepción de la misma como una "ficción", por oposición a la concepción "realista", debate que se supera sin dificultad si se parte de la base de que la personificación es una noción puramente jurídica, con la cual sólo se describe un conjunto normativo que, como ha sido explicado por Ascarelli, *"... es siempre*





*resoluble en una normativa concerniente a actos de hombres de carne y hueso -"nacido de vientre de mujer", según su expresión original- ; con "persona jurídica" queremos, por consiguiente, solo indicar abreviadamente una disciplina normativa... resoluble en normas concernientes siempre a relaciones entre hombres ; recogiendo una frase de Ihering, puede decirse que "persona jurídica" es, en el lenguaje jurídico, un análogo de los paréntesis en el lenguaje algebraico"*[1] [2]

La personificación jurídica se reduce a un simple fenómeno de imputación de las consecuencias jurídicas que se siguen de una determinada conducta humana, como ha sido puesto de relieve por Kelsen.[3] Ordinariamente, los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas como consecuencia de una acción o de una omisión entran a formar parte del patrimonio del cual es titular el sujeto de derecho ("persona natural") con cuyo nombre se distingue al ser humano que ha ejecutado la conducta en cuestión. Pero no siempre sucede así y ocurre con gran frecuencia que los derechos y obligaciones que se derivan de la acción u omisión de un ser humano son atribuídos a otro sujeto de derecho, el cual puede

*[1] Ascarrelli Tullio, "Personalita Giuridica e Prolemi delle Societá en Rivista delle socetá" , MILLAN, Ed. Dott. A. Giuffré, Año II, 1957, págs. 981 y ss)*

*[2] Los seguidores de la teoría de la ficción, cuyo principal exponente fue Savigny, confundieron e identificaron los conceptos de ser humano y de sujeto de derecho, y dando una utilización anfibológica a la expresión "persona", dijeron simplemente que las únicas "personas" (sujetos de derecho) existentes eran las "personas" (seres humanos de carne y hueso individualmente considerados), desplazando al orden normativo una afirmación aceptable sólo en el campo de los hechos, pues no tenían en cuenta que jurídicamente la noción de "persona" no es sinónimo de hombre y que, en cuanto nociones jurídicas, es decir, formales, resultan tan ficticias desde un punto de vista real las "personas Jurídicas como las "personas naturales". Los partidarios de la teoría antagónica, la denominada teoría de la "realidad" de las personas jurídicas, cuyo principal exponente fue Gierke, confundieron e identificaron los conceptos de ser humano y de sujeto de derecho, y dando una utilización antibológica a la expresión "realidad", dijeron simplemente que todos los sujetos de derecho son "reales", desplazando al campo de los hechos una afirmación aceptable sólo en el orden normativo, pues no tenían en cuenta que la conducta humana que constituye el contenido básico de los supuestos de aplicabilidad de toda norma, es ejecutada siempre por un ser racional de carne y hueso, que es la única clase de "persona" existente desde un punto de vista material, sin que las consecuencias jurídicas que se siguen de sus actos sean imputados siempre y forzosamente al mismo sujeto de derecho, y sin que pueda afirmarse que así como a todo ser humano vivo corresponde hoy un sujeto de derecho determinado, a todo sujeto de derecho existente corresponda únicamente o un ser humano individual o un pretendido organismo con vida material propia, ontológicamente distinto de los hombres de carne y hueso aisladamente considerados.*

*3. Kelsen, Hans, Teoría pura del derecho (introducción a la Ciencia del Derecho). Trad. De la ed francesa de 1953 por Moises Nilve, 15ª Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1977, pág. 128. En el mismo sentido puede consultarse su Teoría general del Estado, trad., de Luis Legaz Lecambra, 15ª Ed., México Ed Nacional, 1979, pág. 81 y ss.*

ser o una "persona natural" o una "persona jurídica". El primer caso se presenta, por ejemplo, cuando una "persona natural" obra en nombre y en representación de otro sujeto de derecho también "persona natural" ; en la segunda hipótesis, referida a las sociedades, hay que distinguir el sustrato real propio de esta especie de persona jurídica y el desarrollo técnico de dicha personificación, organizado alrededor del contrato social.[4]

El sustrato real de la personificación jurídica de la sociedad, que explica y justifica su razón de ser, consiste en el desarrollo conjunto de una actividad económica organizada, real y lícita. En el orden jurídico se ha previsto que las relaciones de carácter económico sean canalizadas a través de contratos ; y para el fenómeno real de la asociación de capitales y esfuerzos de varios individuos ha diseñado una forma o molde contractual especial, mediante el cual disciplina las relaciones entre los socios y, simultáneamente, establece que todas las acciones y omisiones relacionadas con el desarrollo de la empresa que vincula a los socios entre sí mantenga en el plano jurídico esa unidad que manifiestan en la vida real, imputando todos los derechos y las obligaciones que se derivan de tales conductas a un sujeto de derecho distinto de los socios individualmente considerados. La separación y distinción subjetiva y patrimonial solamente se produce cuando se cumplen todos los supuestos de hecho necesarios para poner en movimiento todo el complejo normativo del cual se sigue la imputación de derechos y obligaciones a la sociedad y no a sus socios o a sus administradores. La sociedad-persona jurídica es, pues, un simple instrumento técnico que el derecho objetivo proporciona en atención a ese sustrato real que se canaliza a través de la sociedad-contrato ; en otras palabras, es para el desarrollo de la actividad económica organizada por los socios que se constituye una compañía y es únicamente con ese fin que el ordenamiento jurídico prevé su funcionamiento.

Así las cosas, el sentido de la expresión "ente ficticio" sólo se explica en función de la consideración doctrinal a la cual se ha hecho referencia; pero dado el alcance de las preguntas planteadas es

[4] *Ferrara, Francesco. Teoría de las Personas Jurídicas. Trad. de la 29 Ed. Italiana por E. Ovesaro, Madrid, Ed. Reus, 1929, págs. 198-199. En Colombia, Pinzón J. Gabino : Sociedades Comerciales, vol. I, 4a ed, Teoría General, Bogotá, Ed Temis, 1982. P. 158. hay una edición posterior.*





claro que éstas no se responden simplemente recordando que todas las personas jurídicas son "ficticias" según la ley. De lo que se trata es de establecer qué significa que una sociedad, es decir, un ente ficticio según la ley, sea "ficticia", calificativo con el cual no se busca ser redundante y que no está definido en la ley.

Puesto que en la legislación no se encuentra definición en tal sentido, es pertinente acudir al Diccionario de la Lengua, en cuya vigésima primera edición se define la palabra "ficticia" como "*(Del lat. fictius.) adj. Fingido o fabuloso. 2. Aparente, convencional*" ; y en el que, a su turno se definen "fingido" como "*. adj. Que finge, falso*", y "falso" como "*adj. Engañoso, fingido, simulado ; falto de ley, de realidad o veracidad*". Y teniendo en cuenta la quinta pregunta, en la cual se interroga acerca del significado legal de la expresión "empresas de fachada", de una vez es necesario precisar que en dicho diccionario se define "fachada" como : "*fig y fam. presencia, aspecto, figura del cuerpo humano. Portada en los libros* ". . Lo anterior en atención a que de conformidad con el artículo 28 del Código Civil, "*Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras ; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal*".

Por consiguiente, la ausencia de definición legal de las "empresas" o "sociedades de fachada" o "ficticias", impone considerar su significado ordinario más adecuado, entendido éste de conformidad con el contexto normativo en el cual se utilice dicha expresión, pues de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30 del Código Civil, "*El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía*", sin distinguir si todas esas partes corresponden a palabras definidas legalmente. Es necesario entonces, para efectos de la pregunta que aquí se considera, distinguir la materia comercial y civil, por una parte y la penal, por la otra, sin perjuicio de armonizarlas para efectos de cada una de ellas, tal y como lo prescribe la norma citada ; y tener presente que la "fachada" o " ficción" en cuestión debe referirse a sociedades, entendidas tanto como contratos o como personas jurídicas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 del Código de

Comercio, o a empresas, en los términos de la noción legal prevista en el artículo 25 del mismo Código, según el cual *"Se entiende por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de un o más establecimientos de comercio".*

Desde el punto de vista del derecho comercial y civil, tales expresiones tienen sentido en función de los principios y normas relacionados con el fraude a la ley, el abuso del derecho y la simulaciòn, temas todos reconocidos por la jurisprudencia y la doctrina nacional, y que encuentran su respaldo básico en el artículo 8 del la Ley 153 de 1887, de acuerdo con el cual, "*Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho*", sin perjuicio de desarrollos más específicos, tales como el artículo 830 del Código de Comercio, que consagra legislativamente el denominado abuso del derecho. Y a ellos se unen las implicaciones propias de la ilicitud del objeto y de la causa, cuestiones reguladas imperativamente en los Códigos Civil y de Comercio vigentes.

En el caso concreto del derecho societario, es necesario destacar la construcción doctrinal de la desestimación o allanamiento de la personalidad jurídica, cuya influencia es clara en las siguientes disposiciones de la reciente Ley 222 de 1995 :

*"ARTICULO 71 CONCEPTO DE EMPRESA UNIPERSONAL*
*Mediante la Empresa Unipersonal una persona natural o jurídica que reúna las calidades requeridas para ejercer el comercio, podrá destinar parte de sus activos para la realización de una o varias actividades de carácter mercantil.*
*La empresa unipersonal, una vez inscrita en el registro mercantil, forma una persona jurídica.*
*PARAGRAFO : Cuando se utilice la empresa unipersonal en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, el titular de las cuotas de capital y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente*





*por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados."*

*"ARTICULO 148 ACUMULACION PROCESAL.*
*Cuando simultáneamente con el trámite del concordato y antes de ser aprobado el acuerdo, se adelanten concordatos de otras entidades vinculadas entre sí por su carácter de matrices o subordinadas, o cuyos capitales estén integrados mayoritariamente por las mismas personas, sea que éstas obren directamente o por conducto de otras personas jurídicas, de oficio o a solicitud de cualquiera de los acreedores o del deudor, la Superintendencia de Sociedades decretará la acumulación de ellos, mediante el trámite que para la acumulación de procesos establece el Código de Procedimiento Civil.*
*PARAGRAFO.-Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente".*

*"ARTICULO 207 DE LOS SOCIOS*
*Cuando los bienes de la liquidación sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos y se demuestre que los socios utilizaron la sociedad para defraudar a los acreedores, serán responsables del pago del faltante del pasivo externo, en proporción a los derechos que cada uno tenga en la sociedad. La demanda deberá promoverse por el acreedor respectivo y se tramitará por el proceso ordinario.*
*La responsabilidad aquí establecida se hará exigible sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar y sin consideración al tipo societario."*

Como puede verse, la utilización abusiva o fraudulenta de la personalidad jurídica ya ha sido tenida en cuenta en las disposiciones transcritas, de manera que ni el abuso del derecho ni el fraude a la ley pueden darse a través o so pretexto del contrato de sociedad o de la personificación jurídica derivada de su celebración ; y a ello se une la regulación expresa de la ilicitud en el objeto y en la causa en materia societaria, según lo dispuesto en el artículo 104 del Código de Comercio, de acuerdo con el cual, *"Habrá objeto ilícito cuando las prestaciones a que se obliguen los asociados o la empresa, o la actividad social, sean contrarias a la ley o al orden público. Habrá 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"*

.

La simulación, en cambio, no ha sido objeto de regulación expresa en materia societaria, de manera que en cada caso es necesario establecer si la constitución de una sociedad -como consecuencia de la cual surge una persona jurídica distinta de sus socios individualmente considerados, en los términos del artículo 98 del Código de Comercio, que es titular de un patrimonio propio que no se confunde con el de ninguno de éstos- es real o simulada, o si se presenta la simulación con ocasión del funcionamiento de una sociedad legalmente constituída, verificación que correspondería a un juez civil en desarrollo de un proceso ordinario, y en el cual tendría que demostrarse el carácter "ficticio" o " de fachada", es decir, irreal o simulado de la celebración o la ejecución del respectivo contrato social. Y aunque la simulación en sí misma no es ílicita, perfectamente un acto simulado puede ser, además, fraudulento o abusivo, o darse además la ilicitud de la causa o del objeto de la sociedad disimulada, es decir, de la sociedad real, mediante la simulación absoluta o relativa de una sociedad "de fachada" o "ficticia" aparentemente real y lícita, pero que sirva de máscara para una actividad o un móvil contrario a la ley o al orden público. Todo ello en atención a que el reconocimiento legislativo de la sociedad sólo se explica en atención a una actividad económica organizada real y lícita que pueda ser canalizada a través de dicho mecanismo contractual.





Los alcances de la declaratoria judicial de la simulación de un acto o contrato dependen en cada caso de si se trata de actos absoluta o relativamente nulos, así como de si la declaratoria se pronuncia respecto de socios o de terceros, y en este último evento es necesario determinar si se trata de terceros de buena fe, teniendo en cuenta los criterios señalados por la Corte Suprema de Justicia. [5]

Con ocasión de una simulación puede ocurrir que una sociedad real sea utilizada como persona interpuesta, como "fachada", testaferro o interpuesta persona, situación en atención a la cual debe tenerse en cuenta que la Corte ha expresado que *"Como en todos los tipos de simulación, en la interpuesta -o interpósita-*

*[5] La jurisprudencia ha dicho al respecto que "El negocio jurídico simulado puede presentarse bajo dos modalidades distintas que conducen a la clasificación general de la simulación en absoluta y relativa, a cada una de las cuales corresponde una estructura particular. Así la simulación absoluta se realiza siempre que las partes, a tiempo que logran conseguir el propósito fundamental buscado por ellas de crear frente a terceros la apariencia de cierto acto jurídico y los efectos propios del mismo obran bajo el recíproco entendimiento de que no quieren el acto que aparecen celebrando, ni desde luego sus efectos, dándolo por inexistente. La declaración oculta tiene aquí, pues, el cometido de contradecir frontalmente y de manera total la pública, y a eso se reducen su contenido y su función. Mas como de todas maneras los presuntos contratantes han creado una apariencia llamada transitoria y exteriormente a prevalecer sobre la verdad íntima, por fuerza de esa sola circunstancia, aún sin necesidad de estipulación expresas al respecto, quedan obligados entre sí a llevar a cabo el acto o los actos necesarios para borrar esa falsa apariencia, y por ende, a colocar las cosas en el estado en que se encontraban al momento de fingir la negociación. Sólo en este último sentido, entonces, la simulación absoluta viene a establecer un vínculo jurídico entre quienes se sirven de ella. En la simulación relativa, en cambio, no basta que los contratantes declaren no querer el acto que aparentan celebrar, sino que se requiere todavía que estipulen los términos y condiciones de otro negocio que es el que verdaderamente quieren, autónomo en su contenido, y cuyos efectos propios están destinados a producirse plenamente entre sus sujetos en conformidad con tales estipulaciones, aunque exteriormente los que aparezcan producidos sean los propios de la declaración ostensible empleada como cobertura de aquéllas. Más claro: en este caso el acuerdo privado no se endereza simple y únicamente a neutralizar o enervar el contenido de la declaración aparente, como sucede en la simulación absoluta con las naturales consecuencias obligaciones ya dicha dentro de este tipo de simulación, sino que, pudiendo inclusive llegar a tener además esa misma finalidad, necesariamente ha de tener la de generar una relación jurídica positiva efectivamente elegida por las partes como instrumento regulador de sus respectivos intereses contractuales, cuyos efectos pueden ser análogos o diversos a los resultantes de la declaración aparente, relación jurídica que, por otro lado las partes habrían podido formar a la vista de los terceros o sea sin los tapujos de la simulación. Por aplicación de los principios de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, el negocio jurídico con simulación, no es por esta mera circunstancia invalido ni eficaz. En razón de aquellos postulados jurídicos, a los particulares les es permitido realizar su actividad económica escogiendo para ello los medios jurídicos lícitos que estimen más adecuados, y, por ende, alcanzar indirectamente lo que podrían directamente lograr. La simulación no es entonces, per se, causa de nulidad. Aunque toda simulación envuelve la idea de ocultamiento frente a terceros, en cuanto al aspecto ostensible del acto persigue mantener ignorada de éstos la verdad, eso sólo no permite considerarla como ilícita, porque fingir no significa necesariamente dañar. Pero es claro, y la observación tiene sólo valor en el campo de la práctica, que como la disimulación implica generalmente un tránsito hacia el daño, y es este el fin con el cual suele ser empleada, el negocio simulado está más propenso que cualquier otro a quedar afectado de ilicitud. Mas entonces será el daño que cause, lo que determinará la ilicitud del acto" (CSJ, Cas. Civil Sent., Mayo 21/69.*

*persona se requiere de un acuerdo simulatorio. Sólo que en ésta, el acuerdo tiene, asimismo, que comprender al testaferro, pues justamente la cuestión reside en definir la función que a éste le compete desempeñar dentro de ese concierto . En el anterior orden de ideas, el papel del testaferro en el ámbito propio del negocio no puede ir más allá de encubrir u ocultar al sujeto que, con la otra parte, ha ajustado el negocio, y respecto del cual los efectos del mismo están verdaderamente llamados a producirse. Por lo mismo, en frente de esa otra parte el testaferro no contrae ninguna obligación, ni adquiere ningún derecho, desde luego, en la medida en que se deje al margen el problema de los terceros de buena fe que pueden ver en él al verdadero titular de un poder jurídico. Además, la aludida apreciación no excluye que con la parte a la que sirva de pantalla quede obligado a restituir el derecho en el momento en que se lo exija, si es que el desarrollo del acto simulado ha quedado detenido en el testaferro. La simulación por interpuesta persona, al igual que cualquiera de*

*Y ha dicho también la Corte que "En la simulación hay un solo acto o contrato, no uno ostensible y otro oculto, y en ningún caso se trata de contrabalancear dos situaciones jurídicas, las en un tiempo llamadas aparente y prevalente, sino dos pruebas o conjuntos de pruebas contrarios. De adoptat la tesis todavía parcialmente en boga, que se trata de dos actos o contratos y no de un solo y verdadero que las partes han querido simular o disfrazar como si fuera otro, se tendría que aceptar una dualidad de consentimiento –de vender y de donar simultáneamente, verbigracia- que necesariamente implicaría su mutua destrucción y por ende la inexistencia de ambos actos, pues el recíproco consentimiento de las partes para uno de ellos quedaría eliminado por el acuerdo de las mismas para acto distinto.... Por tanto, es más congruente y armónica la tesis reiterada en este fallo, o sea que la simulación no implica dos actos o contratos sino uno solo y verdadero, y que la contienda se reduce a un confrontamiento de pruebas: las que se encaminan a demostrar las verdaderas características del acto o contrato celebrado, y las que las partes en ese mismo acto o contrato preconstituyeron para disfrazarlo o simularlo, y para exhibir ante terceros una situación jurídica irreal difícilmente desvirtuable por el aspecto probatorio. Todo lo anterior sin perjuicio de que, respecto de terceros de buena fe y precisamente como adecuada protección para éstos, no se permita en su contra la prevalencia de la prueba del verdadero acto o contrato celebrado. Esto, no por razones de duplicidad de actos o contratos, sino en guarda de la buena fe creadora de derechos". (CSJ Cas. Civil. Sent. Feb. 28/89.*

*En lo que se refiere a los efectos de la simulación entre las partes y frente a terceros, la Corte ha precisado que "Al establecer el art. 1766 del Código Civil que "las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros", está diciendo implícitamente, pero no por ello en forma menos categórica, que entre las partes y contra ellas sí producen efecto esas contraestipulaciones. Y ello tiene que ser así, puesto que si los contratantes declararon deliberadamente una voluntad diferente de la que realmente tenían ninguno de ellos puede pretender que sus relaciones jurídicas se rijan por esa declaración; en cambio, como su verdadero querer se halla recogido en la contraestipulación, cualquiera, de las partes puede exigir de la otra el cumplimiento de lo que en ella aparece convenido. Asiste, por tanto, a los contratantes el derecho de exigir que lo pactado ocultamente entre ellos prevalezca sobre la declaración contenida en la escritura pública y que por consiguiente, sus relaciones se rijan de conformidad con lo que realmente convinieron. Atinente a los terceros, cabe anotar que el precepto mencionado los coloca en situación de privilegio frente al acuerdo simulatorio, ya que pueden atenerse a la declaración hecha en la escritura pública o a lo*





*los otros tipos de simulación, debe ser la expresión de una determinada causa simulandi, entendiendo por tal el motivo, el propósito, la finalidad de las partes para encubrir o disimular el acto realmente querido. Aun cuando de modo general se juzga que la prueba de la causa simulandi no constituye un requisito sine qua non para dar por establecida la simulación, se dice también, con toda lógica, que la misma sí es un valioso instrumento para arrojar luz sobre lo que de manera cierta hubiere acordado las partes". (CSJ, Cas. Civil, Sent. Mar 12/92. M.P. Héctor Marín Naranjo).*

Si el contexto normativo que está en juego es de carácter penal, al no estar definidas en las normas no penales las expresiones empresa o sociedad "ficticia" o de "fachada", es necesario acudir a los criterios que se han definido en la jurisprudencia y en la doctrina al examinar cuál es el sentido que debe darse a los conceptos del derecho privado que, definidos o no por dicho ordenamiento, cumplan una función integradora del precepto de una norma penal. Y en este sentido es importante recordar la opinión del profesor Lisandro Martínez Zúñiga, para quien *"la polémica sostenida entre*

*pactado por los contratantes en la contraescritura según lo que mejor les conviniere. Al establecer, en efecto dicha norma que las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros, está pregonando la inoponibilidad de la contraestipulación frente a terceros de buena fe, y consiguientemente, el derecho de éstos a atenerse, en sus relaciones con los contratantes, a lo declarado en la escritura pública. La inoponibilidad de la contraestipulación se ofrece así como una elemental medida de protección a los derechos de terceros de buena fue, quienes por ignorar la existencia de aquélla, dada su natural reserva, tienen que proceder en sus relaciones con los contratantes sobre la base de la sinceridad de las declaraciones hechas por ellos en la escritura pública. Tiénese, por tanto, que del artículo 1766 precitado surgen tres derechos, a cual más importantes: a) el de los contratantes a exigir que el aspecto secreto del acuerdo simulatorio prevalezca sobre el público; b) el que asiste al tercero de buena fe para atenerse, en sus relaciones con los contratantes, a lo declarado aparentemente por éstos, Sin que en ningún caso se les pueda oponer la contraestipulación, y c) el que tiene el tercero para exigir que sus relaciones con los contratantes se rijan por el pacto secreto. Más si la inoponibilidad de la contraestipulación se halla establecida a favor de los terceros y no en contra suya, si se ha consagrado para proteger sus derechos y no para perjudicarlos, es obvio que pueden ellos desechar las declaraciones contenidas en la declaración aparente, por no ser trasunto fiel del verdadero querer de los contratantes, para acogerse al pacto que surge de la contraestipulación. Conviene sí observar que no obstante que el artículo 1766 del Código Civil hace referencia a las escrituras privadas y a las contraescrituras públicas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, la inoponibilidad que en él se consagra frente a terceros de buena fe, se predica de toda declaración hecha secretamente por las partes, así haya sido en forma verbal; y que la prevalencia de esa declaración sobre la aparente, en los casos anteriormente mencionados, tiene aplicación aun en el caso de que ninguna de las dos se haya consignado por escrito" (CSJ. Cas. Civil, Sent. Mayo 30/70).*

*los partidarios de la privatistica y de la corriente autonomIstica no puede solucionarse mediante reglas absolutas, toda vez que siguiendo a ANTOLISEI puede decirse que ".... más que todo se trata de un problema de interpretación, esto es, -se subraya-* ***que la cuestión debe resolverse caso por caso, para cada concepto singular****. Punto de partida imprescindible deben ser las nociones elaboradas y acogidas por el derecho privado, las cuales estructuran los respectivos institutos jurídicos. Tales conceptos, no solo no los debe desconocer el penalista, sino que debe estudiarlos a fondo. Sin embargo, tales nociones deben ser estudiadas a la luz del derecho penal,* ***verificando*** *-se subraya-* ***las consecuencias que se derivan de su aplicación****. Si resulta que la completa aplicación de los principios privatIsticos conduce a resultados que se hallen en contraste con el fin, con las exigencias y con el carácter mismo del derecho penal, el penalista debe adoptar, a tales conceptos, aquellas modificaciones necesarias para evitar la contradicción. Si analizadas las instituciones civiles, se encuentra que en ellas existe un vacIo respecto a definiciones de importancia penal, corresponde a nuestra disciplina llenar tal vacIo, pero en el caso que no se presente contradicción entre la definición dada por el derecho privado y el fin de las normas penales, o de que no exista un vacIo en la legislación civil, el penalista debe aceptar la definición privatIstica. Adaptado el concepto civil a fin y al carácter de la norma penal, no se invaden campos ajenos, sino que se adaptan expresiones al ámbito en el cual les corresponde actuar, y donde por razones especiales deben adquirir una particular significación o deben tomar un valor originario"* [6]

Así las cosas, a propósito de la inquietud planteada, en cada caso concreto sería necesario determinar cuál es el tipo penal que se examina, de manera que sea a partir de él que se establezca el sentido apropiado de la referencia a "empresas" o "sociedades" "ficticias" o " de fachada". Y para ello, es importante atenerse al criterio señalado por la Corte Suprema de Justicia al expresar que *"El que para efectos comerciales y civiles la persona jurídica sea un ente distinto de los socios, es una verdad que no trasciende al*

[6] *Martínez Zuñiga, Lisandro. Introducción al estudio de los delitos contra el patrimonio económico, Bogotá, Ed. Temis, 1980, Monografías Jurídicas, 13, págs. 9-10.*





*ámbito penal (...) En el evento de las personas jurídicas, su patrimonio está constituido por el haber de los socios y sus actividades responden a la voluntad de sus dueños, quienes a través de ellas persiguen su propio beneficio. Si ello es así, la empresa misma puede servir para cometer actuaciones delictuosas". ( Sala de Casación penal, auto del 20 de enero de 1993, rad.* ***7183).*** Y debe tenerse en cuenta la irrelevancia frente a la ley penal de las condiciones de existencia, eficacia, validez y oponibilidad que la ley civil o comercial exija respecto de los actos o contratos, pues lo esencial es la existencia del hecho como delito -según ha sido puesto de relieve por Mirto en materia penal societaria- y mal podría alegarse una sanción de derecho privado para sustentar una pretendida insignificancia penal de una conducta punible.[7]

Para tales efectos, y de manera puramente ilustrativa, como quiera que en cada caso concreto debe examinar el juez penal la respectiva situación de hecho y su eventual adecuación a las conductas tipificadas como punibles, se pueden tener en cuenta disposiciones penales como las siguientes :

En el estatuto anticorrupción (ley 190 de 1995 y ley 365 de 1997) se establece que *"ARTICULO 44 Las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta."* En esta disposición es clara la referencia a la desestimación o allanamiento de la personalidad jurídica, y sin circunscribirla a las sociedades comerciales, pues cualquier persona jurídica puede ser utilizada para cometer actuaciones delictuosas.

Por su parte, en el artículo tercero de la ley 333 de 1996 se dispone que *" Para los efectos de esta Ley se entenderá por bienes susceptibles de extinción del dominio todo derecho o bien mueble o inmueble, con excepción de los derechos personalísimos. La extinción del dominio también se declarará sobre el producto de*

[7] *G. Mirto, Pietro. VV Diritto Penal Delle Società, Milán, Dott. A Giuffré, 1954, pág. 129*

*los bienes adquiridos en las circunstancias de que trata esta Ley, los derivados de éstos, sus frutos, sus rendimientos, y sobre los recursos provenientes de la enajenación o permuta de bienes adquiridos ilícitamente o destinados a actividades delictivas o considerados como producto, efecto, instrumento u objeto del ilícito. Cuando se mezclen bienes de ilícita procedencia con bienes adquiridos lícitamente, la extinción del dominio procederá sólo hasta el monto del provecho ilícito.".*

Y entre las normas tendientes a combatir la delincuencia organizada ( Ley 356 de 1997), se encuentra una modificación del Código de Procedimiento Penal según la cual *"ARTICULO 2 El Código de Procedimiento Penal tendrá un artículo 61A, del siguiente tenor : "Art. 61A.-**Cancelación de personería jurídica de sociedades u organizaciones dedicadas al desarrollo de actividades delictivas, o cierre de sus locales o establecimientos abiertos al público**. Cuando en cualquier momento del proceso el funcionario judicial encuentre demostrado que se han dedicado total o parcialmente personas jurídicas, sociedades u organizaciones al desarrollo de actividades delictivas, ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la cancelación de su personería jurídica o al cierre de sus locales o establecimientos abiertos al público".*

Es claro entonces que en las leyes penales se prevé que con ocasión de un proceso penal se puede establecer que una persona jurídica puede haber sido utilizada total o parcialmente para el desarrollo de actividades delictivas, situación que puede corresponder a las denominadas "sociedades ficticias" o " de fachada", sin que para ello sea óbice su constitución según la ley y su consecuente personificación jurídica, como lo confirma, precisamente, el hecho de que en la disposición que acaba de citarse se prevea la cancelación de la personería jurídica, cuando la tiene, así como el simple cierre de los establecimientos, consecuencia ésta última que puede afectar "empresas" , es decir, actividades económicas organizadas ( C. Co. art. 25) sin personalidad.





(...)

**"5. ¿Cuales son las responsabilidades que según la ley surgen de contratar con una sociedad de fachada ? "**

En relación con la responsabilidad predicable del tercero que contrata con una sociedad o empresa ficticia o de fachada, nuevamente se distingue entre la materia civil y comercial, por una parte, y la penal, por la otra.

En materia civil y comercial ( C. Co. art. 822), los principios y reglas sobre responsabilidad contractual y extracontractual son comunes ( Código Civil, arts 1603 y ss., 2341 y ss.), sin perjuicio de desarrollos particulares que, por ejemplo, establecen presunciones de culpa o de responsabilidad. El contenido básico de dicha responsabilidad consiste en la obligación civil de indemnización de perjuicios, y la pregunta no puede contestarse en abstracto, como quiera que en cada caso sería necesario determinar cuál es el daño cuyo resarcimiento se pretende, para a partir de él establecer si por el hecho de haber contratado con una sociedad "ficticia" o "de fachada" -entendidas dichas expresiones según el contexto civil o penal que corresponda al caso- un tercero puede ser civilmente condenado a la indemnización correspondiente.

En materia penal, se requiere ser imputable y culpable penalmente, dependiendo también, en cada caso, de cuàl es la conducta típica y antijurídica con ocasión de la cual se pretende establecer si un tercero es penalmente responsable, dado el hecho consistente en que haya contratado con una sociedad de "fachada" o "ficticia", y atribuyendo a estas expresiones el sentido adecuado a la finalidad perseguida por la norma penal correspondiente. Y debe recordarse que la culpabilidad penal puede darse en una de tres formas posibles, el dolo, la culpa o la preterintención (Código Penal, art. 35), y que las dos últimas modalidades sólo dan lugar a una conducta punible en los casos en los cuales así lo determina expresamente la ley ( Código Penal, art. 39).

**"6. ¿La condición de ser "sociedad de fachada" para derivar de ella responsabilidades, ¿debe ser establecida y declarada judicialmente? o, por el contrario, ¿debe presumirse con lo cual, se trasladaría la carga de la prueba a quien de buena fe tiene vínculos con ella?"**

**"7. Si la condición de ser "sociedad de fachada" se presume ¿cuales son las actuaciones que ejerce el estado para establecerla en el proceso de sus constitución y registro mercantil o en el de su inscripción en la dirección de impuestos? "**

**"8. Si en cambio, al amparo del principio constitucional de la buena fe, tal condición no se presume sino que debe probarse por parte de quien lo invoca en procura de reivindicar un derecho o radicar una responsabilidad (como el estado (sic) cuando lo invoca) ¿qué rol debe desempeñar en ese proceso la función de inspección y vigilancia que corresponde al Presidente de la República y por la delegación a la Superintendencia de Sociedades ? ".**

Habida cuenta que los interrogantes transcritos involucran todos el tema de la declaración judicial y/o presunción de la "sociedad de fachada", se debe reiterar que esa figura no está legalmente consagrada, por lo cual no cabe una declaratoria judicial en tal sentido. Ello no significa que al estar de por medio una sociedad, real o simulada, no sea posible dar aplicación a los principios y reglas civiles relacionados con el abuso del derecho, el fraude a la ley y a la simulación que ya se han mencionado ; ni tampoco quiere decir que la ausencia de dicha consagración legal implique la imposibilidad de adelantar una investigación respecto de presuntos hechos delictuosos ejecutados al amparo de una de tales sociedades o empresas.

Así por ejemplo, si se atiende a la finalidad y al contexto de la Ley 333 de 1996 sobre extinción del dominio, se tiene que la acción correspondiente tiene lugar cuando hay bienes de procedencia ilícita, para lo cual el fallador tiene que hacer una serie de consideraciones tendientes a establecer tal circunstancia; y





eventualmente podría llegar a concluir, por ejemplo, que una sociedad constituida aparentemente para realizar un fin lícito, haya sido utilizada por sus socios, administradores o terceros, para explotar o encubrir bienes de procedencia ilícita, pretendiendo así dotar de legalidad operaciones fraudulentas en razón del origen de los recursos, y en tal caso podría estarse frente a una de esas llamadas "sociedades de fachada", aunque no se produzca una declaración judicial en tal sentido respecto de la sociedad utilizada como "fachada".

En lo que respecta a si debe presumirse o no la calidad de "sociedad de fachada", es claro que sólo son viables las presunciones establecidas expresamente por la misma ley, y no existe disposición alguna al respecto. Y en lo que hace referencia a la carga de la prueba, debe señalarse que no es dable pronunciarse al respecto de manera general, pues ese es un aspecto que en razón a la naturaleza de cada causa sustancial y cada proceso en particular señala la ley, y sería necesario definir cuál es el caso concreto para determinar a quién le corresponde probar o desvirtuar cada hecho relevante; por ejemplo, para definir si una sociedad es simulada, se utilizó fraudulentamente o se dedicó al desarrollo de actividades delictivas.

Puesto que no se presume legalmente la condición de sociedad "de fachada", en lo que tiene que ver específicamente con la Superintendencia de Sociedades ha de indicarse que esta entidad ejerce funciones de inspección, vigilancia y control, en los términos que le señala la Ley 222 de 1995, y las cuales no contemplan ninguna actuación relacionada con reivindicaciones de derechos o asignación de responsabilidades con ocasión de la utilización de una sociedad como "fachada".

En este orden de ideas, en el caso de esta Superintendencia se debe reiterar que el objeto de sus atribuciones no consiste en la averiguación o control de las actividades que constituyen el lavado de activos, aunque en desarrollo de sus funciones de policía judicial, contempladas en el numeral 16 del artículo 2o del Decreto 1080 de 1996, en concordancia con lo dispuesto en el Libro II Título I Capítulos I y II, del Código de Procedimiento Penal, debe servirle de apoyo a

los organismos del Estado (artículo 86 de la Ley 222 de 1995) que tengan dentro de su actividad tal objetivo, particularmente a la Fiscalía General de la Nación, todo ello teniendo en cuenta tanto su propia competencia como su naturaleza jurídica de organismo técnico de supervisión de la rama ejecutiva del poder público, con funciones básicamente administrativas. A ello se suma que de acuerdo con el artículo segundo del Decreto 3100 de 1997, por el cual se determinan las personas jurídicas sujetas a la vigilancia de esta Superintendencia, por acto administrativo particular del Superintendente se sujetarán a la vigilancia de la misma aquellas sociedades comerciales comprometidas en un proceso de extinción de dominio respecto de bienes como los descritos en el artículo 3º. de la Ley 333 de 1996 ; y para ese propósito la Dirección Nacional de Estupefacientes le comunicará a la entidad la iniciación de la acción de extinción, cuando la misma recaiga sobre los bienes de que trata el citado artículo.

**"9. En desarrollo del principio de acuerdo con el cual "no hay atribución sin responsabilidad", ¿cuál es el alcance de la responsabilidad de la administración pública por la falta en el desempeño de la facultad de inspeccionar y vigilar, que se presenta cuando permite por acción u omisión de sus delegatarios, el nacimiento a la vida jurídica de una de tales "sociedades de fachada;"**

**"10. Cuando una sociedad ha logrado sortear los tamices que el Estado o sus delegatarios interponen en el cambio (sic) de su formación y, entonces, nace a la vida jurídica ¿Están los particulares, terceros en la relación, amparados por algún tipo de certeza que les permita contratar con ella, o por el contrario, deben asumir alguna labor del tipo de las que corresponden al Estado a fin de establecer ellos la legalidad de su formación (constitución, registro e inscripción)?".**

En el artículo 38 de la Constitución Política de Colombia se establece que *" Se garantiza el derecho a la libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad"*, lo anterior en concordancia con el artículo 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ; y en el artículo





333 de la Carta se establece que*: "La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.(-)La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.(-)La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial..."*

La ley comercial desarrolla estos principios constitucionales mediante las normas que consagran la autonomía de la voluntad privada y para lo que aquí interesa permiten la libre constitución de sociedades comerciales, sin que sea necesario contar con autorizaciones previas o permisos de funcionamiento, salvo excepción legal que no existe para las sociedades mercantiles regidas por el libro II del Código de Comercio; por lo tanto, respecto de la administración pública no resulta posible identificar una "...falla en el desempeño de la facultad de inspeccionar y vigilar, que se presenta cuando permite por acción u omisión de sus delegatarios, el nacimiento a la vida jurídica de una de tales " sociedades de fachada".

Según las disposiciones legales pertinentes, la existencia y representación legal de una sociedad se prueba mediante el certificado expedido por la Cámara de Comercio correspondiente a su domicilio social, y su capacidad está restringida al ejercicio de las actividades previstas en su objeto social, de manera que para efectos de contratar con ella, son los terceros mismos los llamados a establecer si se trata de una sociedad válidamente constituida y a evaluar cuál es el ámbito de sus actividades, así como su solvencia patrimonial y el crédito que ella merezca en la comunidad, lo mismo que el que corresponda a sus socios, administradores y funcionarios (220-5924 enero 28 de 1999) Boletín No. 1 de 1999.

## APLICACIÓN DEL "DISREGARD" EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.

El levantamiento del velo corporativo de la sociedad corresponde a una figura consagrada por el sistema judicial anglosajón con el nombre de "disregard", que fue creada mediante fallos proferidos en equidad y consiste en la desestimación o allanamiento de la personalidad jurídica de la sociedad con el fin de responsabilizar al socio controlante de las actuaciones fraudulentas que haya ejecutado por intermedio de la sociedad.

Sobre este tema el profesor Enrique Gaviria Gutiérrez expresó: "Los jueces norteamericanos... Arribaron así, por esta vía a "perforar el valor corporativo" , es decir, a desestimar la personalidad jurídica de la sociedad controlada, para alcanzar con el brazo de la justicia al controlante, el cual, por razón de su conducta desviada, debía quedar sometido a responsabilidad frente a los acreedores de la primera, evitándose de esta suerte la pérdida de sus acreencias." (Grandes Temas del Derecho Comercial, su incidencia en la Constitución de 1991. Biblioteca Jurídica Dike. 1era. Edición. 1993. Pág. 105).

El "disregar" tiene gran aplicación en el sistema jurídico angloamericano, dada la libertad que los jueces tienen para aplicar su propio criterio en sus fallos, los cuales se profieren en equidad, tal como lo señala el profesor Francisco Reyes Villamizar, que al respecto dijo: "Para comprender el alcance de la doctrina en el mundo angloamericano, resulta trascedental tener en cuenta que se trata, por supuesto, de determinaciones judiciales adoptadas bajo el sistema de equity, que permiten al juez amplísima discrecionalidad para evaluar las circunstancias fácticas y adoptar las medidas pertinentes para restablecer el equilibrio entre las partes", (Reforma al Régimen de Sociedades y Concurso Cámara de Comercio pág. 45). En apoyo de su planteamiento transcribe una cita del profesor Roberto B. Thompson en la que se lee: "la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad (piercing the corporate veil) se refiere a la excepción impuesta judicialmente al principio de limitación de responsabilidad, en virtud de la cual las cortes desestiman la separación de la personalidad de la





sociedad y disponen la responsabilidad de un socio por obligaciones de la sociedad, como si éstas fueran propias del asociado" (THOMPSON, Robert B. 'Piercing the Corporate Veil, An Empirical Study", Cornell Law Review, Vol.76: 1036 pág 1. )

De los anteriores planteamientos se deduce que la dificultad en la implementación de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico estriba en el hecho de que a diferencia del sistema anglosajón, nuestros jueces no gozan de la señalada libertad para proferir sus fallos, dado que si bien es cierto deben aplicar su buen juicio al momento de dictar la sentencia, ella debe ajustarse en un todo a la ley vigente. Por lo tanto para que esta figura fuera aplicable en nuestro medio, sería indispensable su consagración legal, la cual no se dió en el ordenamiento comercial, no obstante haber sido propuesta en la reforma al Código de Comercio que finalmente se concretó como Ley 222 de 1995.

Sin embargo este mecanismo fue incorporado como una herramienta en la lucha anticorrupción y por ello se consagró el "disregard" en el Estatuto Anticorrupción, Ley 190 de 1995, en su artículo 44, en los siguientes términos:

"Las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta"

No sobra advertir que de conformidad con los artículos 104 y siguientes del estatuto mercantil, el contrato de sociedad estará viciado de nulidad absoluta, cuando exista causa ilícita, es decir cuando los móviles que induzcan a la celebración del contrato contrarien la ley o el orden público y sean comunes o conocidos por todos los socios. (Oficio 220- 46085 5 de agosto de 1998)

# ACCIONES

## CONTRATO DE PERMUTA PARA READQUIRIR ACCIONES PROPIAS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

1. Con fundamento en los artículos 1 y 11 del Decreto 2969 de 1960 y 7 de la Ley 45 de 1990, la Superintendencia de Valores, en Concepto No. 9600086-2 del 9 de enero de 1996, señaló **que por la finalidad y naturaleza de la operación no procede la permuta de acciones**, precisando al respecto que: "...son dos los elementos que permiten concluir que no es viable efectuar un contrato de permuta con acciones inscritas en una bolsa de valores. El primero por la finalidad de las negociaciones con los valores inscritos en una bolsa, que de conformidad con las disposiciones citadas es el contrato de compraventa, y el segundo, por la naturaleza de las operaciones que la Ley le autoriza efectuar a las Sociedades Comisionistas de Bolsa."

2. No obstante lo anterior, resulta importante tener en cuenta que la Circular Externa No. 7 de 1998 emanada de la mencionada Superintendencia, prevé la posibilidad de hacer traspasos que representen 2% o menos de las acciones en circulación de un emisor con acciones inscritas en bolsa, "...en virtud de dación en pago, aportes en especie y transferencia por negocios fiduciarios o *transferencia en virtud de cualquier otro acto o hecho jurídico...*" entre los cuales se podría considerar la **permuta.**

3. Para el volumen de acciones en circulación que pretende ser intercambiado resulta posible, según lo ha dicho Supervalores en el concepto citado, llevar a cabo el intercambio de acciones mediante el mecanismo establecido en el artículo 1.2.5.11, adicionado a la Resolución 400 de 1995 por la Resolución 571 de 1997, cuyo tenor literal dispone lo siguiente: "**OFERTA PUBLICA DE INTERCAMBIO.** Quien pretenda realizar una oferta pública de adquisición en los términos del artículo 1.2.5.6., **podrá ofrecer como pago acciones**, títulos representativos





de acciones, títulos de deuda emitidos o garantizados por la Nación, o títulos de deuda de entidad pública o gobierno extranjero...siempre que se cumplan con todos los requisitos establecidos en esta Sección."(Negrilla fuera de texto).

En consecuencia, la adquisición de las acciones en mención debe efectuarse mediante una oferta pública de adquisición de acciones dirigida a todos los accionistas en cumplimiento del artículo 1.2.5.6, razón por la cual deberá tenerse en cuenta el procedimiento fijado en los artículos 1.2.5.7. y siguientes de la Resolución 400 de 1995.

4. Por otra parte, en cuanto a la readquisición de acciones, este Despacho procede a realizar los siguientes comentarios:

   4.1. Teniendo en cuenta los requisitos propios del Mercado Público de Valores, la sociedad anónima en cuestión podrá readquirir sus propias acciones con la mayoría de los votos presentes (artículo 68 de la Ley 222 de 1995), empleando para el pago de las acciones readquiridas, fondos tomados de las utilidades líquidas, siempre y cuando dichas acciones se encuentren liberadas de acuerdo con lo previsto en el artículo 396 del código de comercio.

   4.2. La Superintendencia de Sociedades en Oficio OA-02161 del 31 de enero de 1984, ha precisado en relación con la readquisición de acciones, que la misma: "...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..." [1] (Cursiva fuera de texto).

[1] *Superintendencia de Sociedades. Doctrinas y Conceptos Jurídicos. 1995 Pág. 66*

4.3. Ahora bien, el Decreto 2650 de 1993 contempla dentro del patrimonio el Grupo de Reservas y la Cuenta 330515 *"Reserva para Readquisición de Acciones"*, en la cual se prevé: "...Las reservas para readquisición de acciones y de cuotas o partes de interés social corresponden al valor apropiado de las utilidades líquidas para cubrir en su totalidad la adquisición de las mismas."

4.4. Las utilidades líquidas pueden encontrarse registradas en: a). La cuenta denominada "Resultados del Ejercicio", que corresponde al valor de las utilidades obtenidas por el ente económico al cierre de cada ejercicio contable; b). La cuenta denominada "Resultados de Ejercicios Anteriores", que comprende el valor de los resultados obtenidos en ejercicios anteriores, por utilidades acumuladas que estén a disposición del máximo órgano social, y c). La cuenta denominada "Reservas Ocasionales", que registra los valores apropiados de las utilidades líquidas, ordenadas por el máximo órgano social, de conformidad con las disposiciones legales, para fines específicos y justificados. (Decreto 2650 de 1993).

4.5. En el caso de una sociedad que pretenda readquirir sus acciones, debe proceder a crear la respectiva reserva, para lo cual debe utilizar las utilidades líquidas que se reflejan en las cuentas anteriormente mencionadas.

En consecuencia, una vez creada la Reserva para Readquirir Acciones en los términos que se han comentado anteriormente, la sociedad puede pagar el valor de las mismas con valores representados en una cualquiera de las cuentas del Activo y que en el caso en comento fueron las Acciones de la sociedad YY S.A., las cuales se encontraban registradas en el rubro de inversiones, con antelación al momento de realizar la operación.

Finalmente en relación con el proceso mismo de readquisición de acciones, este Despacho advierte que se han observado los requisitos previstos en la ley para tal efecto por parte de la sociedad





XX S.A. No obstante lo anterior, en punto del intercambio de acciones resulta pertinente destacar los comentarios indicados en los numerales 1, 2 y 3 del presente escrito. (Oficio 320-44130 mayo 12 de 1999).

## LA COMPRAVENTA DE ACCIONES NO ES UN CONTRATO ALEATORIO

### 1) CONTRATO ALEATORIO

Dispone el artículo 1498 del Código Civil, que es aquel contrato en el que la prestación de una de las partes depende de un acontecimiento incierto, de tal manera que cada uno de los contratantes tiene la posibilidad de ganancia o pérdida.

Como se deduce, el contratante ignora al momento de celebrarlo si va a obtener un beneficio, como también ignora su cuantía al depender del azar o riesgo, de ahí el nombre de aleatorio, en consideración a que *"alea"* significa suerte, riesgo, incertidumbre.

Por ello el artículo 2282 ibidem, señala como principales contratos aleatorios:

1) El juego
2) La apuesta
3) La constitución de renta vitalicia
4) Los seguros (no contemplado por la norma)

### 2) LA ACCIÓN Y LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO

Una característica de los elementos que integran el tipo social de las anónimas es precisamente la forma como se encuentra dividido su capital en partes iguales, la cual se denomina acción.

Dicha acción permite a su titular participar en el patrimonio y en la vida de la sociedad, la cual se encuentra determinada por el importe de las contribuciones para la formación del fondo común o social, por tanto, quien aporte el dinero correspondiente a una o varias cuotas - partes, se convierte en accionista y participa en la sociedad

acorde con el número de las acciones suscritas, las cuales son libremente negociables, salvo cuando se haya estipulado en los estatutos el derecho de preferencia (art. 407 del C de Co.).

Respecto del valor de la acción, al mismo suelen asignársele los siguientes términos: nominal, intrínseco, de mercado, patrimonial y de liquidación.

En el presente caso nos referiremos solamente al valor nominal, valor de mercado e intrínseco. Por el primero se debe entender aquel que se encuentra estipulado en los estatutos. En efecto, el numeral 5º. del artículo 110 del Estatuto Mercantil establece que en la escritura por la cual se constituye la sociedad se expresará: *"El capital social, la parte del mismo que suscribe y la que se paga por cada asociado en el acto de constitución. En las sociedades por acciones deberá expresarse, además, el capital suscrito y pagado, la clase y valor nominal de las acciones representativas del capital, la forma y términos en que deberán cancelarse las cuotas debidas, cuyo plazo no podrá exceder de un año".*

El artículo 386 (4) del C. de Co., hace el señalamiento que cuando se van a emitir acciones, el precio al que sean ofrecidas no podrá ser inferior a su valor nominal.

Respecto al valor de mercado, podemos decir que es aquel que resulta como producto de la oferta y la demanda de una acción, el cual se determina por factores que reflejan las tendencias de la compañía, haciendo énfasis especialmente en las utilidades y dividendos por acción.

Por valor intrínseco entendemos el valor de los activos netos o el valor de la entidad que corresponde a cada acción, de acuerdo a la información que presenta la contabilidad. Son activos netos la diferencia entre los activos totales y el total del pasivo. En otras palabras es el patrimonio neto dividido por el número de acciones en circulación.
Visto lo anterior, determinaremos qué debe entenderse por precio:

El artículo 905 del estatuto mercantil dispone que es el dinero que el comprador da por la cosa vendida. Mientras tanto, el artículo 1684





del Código Civil, si bien no lo define, dispone que debe ser determinado por los contratantes por cualquiera de los medios o indicaciones que sirvan para fijarlo.

Compilando lo precedente, debemos concluir que al momento de la venta de una acción su precio en principio, no debe ser inferior a su valor nominal, no obstante ser claro que es discrecional de las partes involucradas establecer su valor definitivo.

Otro factor que incide en el precio de la acción es la denominada prima, a la cual se le define como el ajuste al valor de las acciones que se compran hoy, ante la desvalorización sufrida por las inicialmente emitidas.

Al respecto, el profesor José Ignacio de Narváez, citando a los tratadistas españoles Joaquín Garrigues y Rodrigo Uría 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 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"*

.

Con base en lo precedente, podemos concluir que la compraventa de acciones no puede considerarse como un contrato aleatorio, pues si bien se encuentra presente la incertidumbre al no saberse el desarrollo que vaya a tener la compañía, circunstancia íntimamente ligada con las utilidades que se vayan a obtener,

también lo es que todos los contratos implican la posibilidad de ganancia o pérdida. Lo que se requiere para ser considerado como tal es que en el momento mismo de contratar las partes hayan querido correr el riesgo por no poder preverse el alcance de sus prestaciones o ganancia o pérdida derivado del contrato, al encontrarse subordinada o dependiente de una contingencia incierta.

Por eso a juicio de esta oficina, la negociación de acciones más bien es un contrato conmutativo, por cuanto las partes que lo celebran determinan de antemano las prestaciones en forma definitiva y las consideran como equivalentes, léase cosa y precio, todo conforme a lo atrás expuesto. (Oficio 220-75439 agosto 6 de 1999)

## READQUISICIÓN DE ACCIONES POR UNA SOCIEDAD MEDIANTE LA DACIÓN EN PAGO

Realizadas unas consideraciones preliminares en relación con los artículos 374, 379 y 396 del Código de Comercio y 2488 del Código Civil y 681 del Código de Procedimiento Civil se planteó si una sociedad anónima, en vez de acudir a las acciones ejecutivas y al embargo y secuestro de las mismas y a su adjudicación por remate, podía válidamente celebrar con un accionista deudor suyo, dación en pago, mediante la cual, para el pago de una prestación debida (una suma dineraria) conviniera su sustitución con la transferencia de sus acciones a la misma sociedad.

COMENTARIOS:

Es claro a la luz de las disposiciones legales citadas que las acciones que conforman el capital de una sociedad anónima son libremente negociables por los titulares de las mismas, salvo que dentro de los estatutos sociales de la compañía, se encuentre consagrado el derecho de preferencia en favor de la sociedad o de los accionistas o de ambos.





A su vez, el artículo 396 ibídem, consagra una limitante, cual es que la sociedad anónima **no puede adquirir sus propias acciones**, sino por decisión de la asamblea con un número de votos favorables, agregando además el citado artículo que fuera del anterior requisito, es fundamental que las acciones sean adquiridas con fondos tomados de las utilidades liquidas y que dichas acciones se hallen totalmente liberadas.

Tenemos entonces bajo una óptica jurídica diáfana que no admite interpretación diferente, como la legislación mercantil de manera expresa e imperativa, consagra solo dos formas en las cuales la sociedad puede readquirir sus propias acciones, cuales son las previstas en los artículos 379, numeral 3 y 396 del Código de Comercio.

Se reafirma el criterio del legislador en este aspecto, al establecer que en el evento que la sociedad decida imputar las sumas recibidas por parte del accionista moroso a la liberación del número de acciones que correspondan a las cuotas pagadas, deberá colocar de inmediato las acciones que la sociedad retire al accionista moroso.

Ahora bien, no existe duda alguna de que la compañía puede iniciar un proceso ejecutivo contra un accionista deudor de la misma a la luz de lo establecido en el numeral 6 del artículo 681 del Código de Procedimiento Civil. Pero este proceso solo se puede predicar respecto del Embargo de la Acción y se extiende "a los dividendos, utilidades, intereses y demás beneficios que al derecho embargado correspondan.....", así como sobre cualquier bien de propiedad del asociado.

Y es que no podemos desconocer el entorno de las normas legales, las cuales deben interpretarse dentro de un concierto de lógica jurídica, en el cual es fundamental la armonía de las diferentes disposiciones existentes, tanto desde el punto de vista de lo consagrado en el Código de Comercio como en el Código de Procedimiento Civil. Es así como los principios que gobiernan la formación y extinción de las obligaciones de derecho civil son aplicables a las obligaciones mercantiles y debemos por lo tanto

acudir a tales principios, salvo que la Ley Comercial disponga otra cosa, como ocurre en el asunto objeto del presente pronunciamiento, donde se encuentra establecida una limitación expresa.

La Dación en Pago, ha sido definida por la doctrina como: "...una modalidad de pago que consiste en que el deudor o un tercero, con el consentimiento del acreedor, soluciona la obligación con una prestación distinta de la debida"... La Dación en Pago es un acto jurídico de naturaleza convencional, pero que solo se perfecciona y produce sus efectos mediante la ejecución de la prestación sustitutiva... "... solo se da cuando el acreedor y el deudor(o quien paga por éste) convienen, aquél en recibir lo que no está obligado a recibir, y éste en cumplir una prestación que no debe, o sea, cuando ellos unánimemente convienen en derogar el principio legal de que "el pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación" ( art. 1627) (RÉGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES, Guillermo Ospina Fernández. Editorial Temis 1994, página 421).

En este orden de ideas y siendo consecuentes con lo afirmado, se puede concluir que la Dación en Pago entre la sociedad como acreedora y el accionista como deudor, deberá recaer sobre bienes distintos a las acciones de la compañía, pues de manera imperativa la legislación mercantil, fija los casos en los cuales una sociedad puede readquirir sus propias acciones.

Aceptar como Dación en Pago, en favor de la sociedad las acciones de que es titular el accionista en la compañía, implicaría un desacato legal, desconociendo el espíritu que le dio origen a la ley. (Oficio 220- 6310 febrero 26 de 1998)





# ACTAS

## ACTAS APROBADAS POR UNA COMISIÓN

Veamos cuál es el alcance de la aprobación de actas, partiendo del supuesto de que en una reunión de asamblea general de accionistas en la que se designó una comisión compuesta por tres personas, una ellas al no estar de acuerdo con las decisiones que se tomaron se rehusa a firmar:

Precisando el significado de los términos "acta" y "aprobación", se tiene que el primero de ellos, alude a la "Relación escrita de lo sucedido, tratado o acordado en una junta", y el segundo, a la "Acción y efecto de aprobar", siendo este último equivalente a la prueba, que no es otra cosa que el "... medio o instrumento con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad" (Diccionario de la Lengua Española, vigésima edición, 1984).

Pues bien, como el legislador no previó la forma, términos, ni reglas especiales para la aprobación de las actas, ha sido a través del análisis de las normas que regulan la materia, que la Superintendencia los ha precisado; lo que sí es claro es el valor probatorio de las mismas, como se infiere de la simple lectura del artículo 189 del C. de Co., según el cual éstas constituyen plena prueba siempre y cuando se encuentren debidamente aprobadas por el máximo órgano social o por la comisión designada para tal fin y firmadas por quienes actuaron como presidente y secretario en la respectiva reunión. Tanto es así que la misma ley determina que lo sucedido en las reuniones no puede probarse por medio diferente al acta o copia auténtica de ésta, cuando expresamente manifiesta que la misma "... será prueba suficiente de los hechos que consten en ellas, mientras no se demuestre la falsedad...".

Vale la pena traer a colación el Oficio 220- 49438 del 21 de agosto de 1998, mediante el cual esta Entidad con fundamento en el análisis de los preceptos legales contenidos en los artículos 189 ibídem, del artículo 431, que contiene los requisitos mínimos que ellas deben contener, y del artículo 195, sobre la obligatoriedad de

llevar libros de actas, debidamente registrado y asentadas en orden cronológico, concluye que las formalidades señaladas por el legislador para tales documentos, como son la firma del presidente y secretario y la aprobación del mismo, tienen como fin "... dotarlos de idoneidad para servir de medio probatorio..., formalidades sin las cuales los mismos no alcanzan la plenitud de su valor y por lo cual los hechos allí consignados no pueden entenderse suficientemente probados..." sin el cumplimiento de las mismas.

En el aludido concepto se expresa que "... cuando es la asamblea quien cumple la función, se ha de estar a las reglas aplicables a la adopción de las decisiones en general en cuanto a mayorías, a menos que estatutariamente se hayan estipulado condiciones especiales, al paso que cuando se delega la aprobación en otras personas, todas y cada una de ellas deben expresar su consentimiento sobre la veracidad del acta, toda vez que en ese caso no se trata de un cuerpo colegiado, sino que la delegación se entiende hecha en cada una de las personas, de suerte tal que para la aprobación se requiere la anuencia de todos los designados.

Sin embargo, es importante precisar que al no existir previsión legal que determine la forma de surtir la aprobación, ni tampoco un término dentro del cual deba cumplirse esa formalidad, es discrecional en el caso de las personas comisionadas tomarse el tiempo que estime cada uno necesario para efectuar la verificación del documento que el encargo supone y proponer las modificaciones que a su juicio procedan hasta lograr que el texto se adecue fielmente a los hechos sucedidos en la respectiva sesión....

En ese orden de ideas es preciso tener en cuenta que en el evento de considerarse injustificada la demora en la aprobación por parte de alguna de las personas encargadas o que la naturaleza de las decisiones de que deba dar cuenta el acta respectiva, impusiere la necesidad de adelantar actuaciones urgentes que no den espera, los administradores o el revisor fiscal están facultados para convocar la asamblea a reunión extraordinaria a fin de que se ocupe ella de impartir la correspondiente aprobación, de manera que por ningún motivo puede constituirse ese hecho en obstáculo para el debido cumplimiento de sus funciones, ni para el normal





desenvolvimiento de la sociedad, pues no debe perderse de vista que en todo caso es esa una atribución que de preferencia le corresponde al mencionado órgano social...". (Oficio 220- 49438 del 21 agosto de 1998, subrayados fuera del texto).

Con base en lo antes indicado, se tiene que:

1º La firma de los comisionados designados para aprobar el acta, junto con las del presidente y secretario, son requisitos indispensables para que el documento sirva de prueba de que los hechos allí consignados son ciertos y en consecuencia puedan ser utilizados como instrumento para ejecutar las acciones a que haya lugar o exigir las obligaciones allí consignadas. Así las cosas, las firmas y aprobación requeridas son requisitos de fondo sin los cuales el documento no sirve de medio probatorio idóneo de lo que allí contiene.

2º De conformidad con lo antes expuesto, las firmas de todos los comisionados deben constar en el acta en señal de que su contenido es fiel relación escrita de lo sucedido en la respectiva sesión, sin que ello suponga la expresión de la voluntad por parte del comisionado en cuanto a que esté o no de acuerdo con las decisiones adoptadas, puesto que el temario objeto de la reunión ya fue votado en el seno de la misma. Ahora, si la aprobación es de la asamblea directamente, se requerirá como mínimo, de la mayoría común prevista en los estatutos o en la ley.

3º La falta de alguna de las firmas tiene como consecuencia que el documento carezca de idoneidad para todos los efectos legales. Por tanto, si todos o algunos de los delegados para aprobar el acta se resiste a firmar, corresponderá a los administradores o al revisor fiscal, si lo hubiere, convocar a una reunión extraordinaria del órgano rector para que imparta la aprobación respectiva, pero si el asunto da espera, en la siguiente sesión del órgano rector, podrá incluirse como uno de los puntos del orden día.

4º. Es pertinente aclarar que no es viable admitir que la falta de alguna de las firmas implique que el documento se encuentre parcialmente aprobado, por cuanto el documento es uno solo, y la fuerza probatoria se predica respecto del documento en sí mismo y no sobre parte de él, puesto que su valor probatorio depende de que se encuentre aprobado por el órgano rector o por la comisión y firmado por el presidente y el secretario de la misma. En consecuencia si se omite cualquiera de los requisitos exigidos, no será útil para lo que se pretende reclamar o exigir, Vr Gr. cobro judicial de los dividendos o utilidades decretadas –art. 156 C. de Co-.

Luego dada la importancia que el legislador le ha otorgado a las actas, y con el fin de evitar posibles traumatismos que afectan el desarrollo normal del ente jurídico, lo conveniente es que al terminar la reunión de asamblea o junta de socios, se elabore inmediatamente el documento, para que sea dicho órgano social el que imparta la aprobación correspondiente, y dejar como alternativa última su delegación. (Oficio 220-80762 agosto 30 de 1999)

## ELABORACIÓN DE ACTAS DE ACUERDO AL ARTÍCULO 21 DE LA LEY 222 DE 1995

Es importante tener en cuenta que mientras el artículo 19 señala una nueva forma de reunión del máximo órgano social o de junta directiva, el artículo 20 consagra una alternativa para la toma de decisiones, en ambos casos con la participación de todos sus miembros.

**En cuanto a las actas que den cuenta de las decisiones adoptadas, de acuerdo con los preceptos antes indicados, la ley señala claramente que se deben suscribir por el representante legal y el secretario de la compañía, o en defecto de éste, por algún socio o miembro de junta.**
Es preciso señalar que a diferencia de las formalidades exigidas para la elaboración de actas en reuniones presenciales del Máximo Organo Social -artículo 431 del Código de Comercio- en las que





dichos órganos manifiestan su consentimiento y anuencia en la designación de las personas que han de actuar como presidente y secretario de la respectiva reunión, salvo que en los estatutos se haya consagrado alguna regla especial y a quien por ley les corresponde firmar en señal de aprobación, en el caso de reuniones no presenciales o de votación escrita, la ley suple el consentimiento de los asociados o miembros, determinando expresamente las personas a quienes corresponde esa formalidad, sin la cual el documento no adquiere plena validez y su contenido no se hace obligatorio.

Adicionalmente, estima este Despacho que son tan caras y precisas las formalidades previstas en el artículo 21 cuando expresa que las actas elaboradas, como consecuencia de los preceptos contenidos en los artículos 19 y 20 "... serán suscritas por el representante legal y el secretario de la sociedad. A falta de este último, serán firmadas por alguno de los asociados o miembros...", que no hace falta interpretación alguna; es una función asignada al representante legal y al secretario de la compañía, obviamente cuando estuviere previsto el cargo y delegada únicamente en un asociado, si se trata de reuniones del máximo órgano social, o en un miembro, si se trata de la junta directiva. Sobre el particular, es oportuno recordar el principio general del derecho establecido en el artículo 27 del Código Civil, según el cual cuando el sentido literal de una ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal.

No sobra agregar que para efectos de las reuniones de que trata el artículo 19, resulta claro que las decisiones de los órganos sociales deben adoptarse a través de cualquier medio técnico idóneo que permita en el futuro probarse o mediante comunicación escrita, de acuerdo al mecanismo previsto en el artículo 20 ibídem (Oficio 220-21335 de marzo 18 de 1999)

# PERDIDA DEL LIBRO DE ACTAS Y FORMA DE RECONSTRUIRLO

Para los fines que se analizan debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que es obligación de todo comerciante- artículo 19 del Código Comercio- "Inscribir en el registro mercantil todos los... libros... respecto de los cuales la ley exija esa formalidad" (numeral 2) y "Conservar, con arreglo a la ley, la correspondencia y demás documentos relacionados con sus negocios o actividades" (numeral 4); norma concordante con el artículo 28 numeral 7 de la misma obra, que señala que deben inscribirse, entre otros libros, los de actas de asambleas y junta de socios, así como los de juntas directivas.

Ahora bien, mientras que el artículo 39 de la legislación mercantil, señala la forma como debe hacerse el registro de los libros de comercio, la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la Resolución 1072 de 1996, reglamentó el procedimiento para el efecto -artículos 10 y 11- y señaló que si se trata de inscripción de libros, el comerciante debe acreditar ante la respectiva Cámara que al existente le faltan pocos folios por utilizar o que debe sustituirlos por causas ajenas a su voluntad, en este último caso, mediante certificación del revisor fiscal o contador público

En segundo lugar, junto con las normas antes mencionadas vale la pena tener presente, lo que en materia de libros y papeles del comerciante dispone el Decreto 2649 de 1993, normatividad de obligatorio cumplimiento por parte de todas las personas que deban llevar contabilidad de acuerdo con la ley. En efecto el artículo 135 consagra que previa la denuncia correspondiente por pérdida, extravío o destrucción de los libros, los registros de ellos deben reconstruirse dentro de los seis meses siguientes a la ocurrencia del hecho, tomando como base la copia de los mismos que reposen en poder de terceros y el artículo 131 del citado decreto en concordancia con el 189 del Código de Comercio, dispone que las actas de los órganos colegiados deben numerarse cronológicamente y en forma sucesiva. (Circular D- 001/91).





De todo lo anterior se concluye que, previo el denuncio correspondiente por pérdida, extravío o destrucción de los libros, el comerciante debe proceder a solicitar la inscripción en la Cámara de Comercio respectiva de los nuevos libros, acreditando el cumplimiento de los requisitos que para el efecto exijan tales organismos. Los registros, por mandato de ley, deben reconstruirse dentro de los seis meses siguientes a la ocurrencia del hecho, utilizando como base las copias de las actas que reposen en la compañía o en poder de terceros vr. gr. Superintendencias, Juzgados, Notarias, Cámaras de Comercio, entre otras. En caso de imposibilidad para la reconstrucción de la totalidad de las mismas, el representante legal, el contador público o el revisor fiscal, si lo hubiere, dejarán constancia de tal hecho en el libro correspondiente.

Para mayor ilustración se transcribe el oficio SL- 07757 de 6 de abril de 1987, por el cual la Superintendencia se pronuncio en materia de reconstrucción de libros de actas:

**"UN LIBRO DE ACTAS PUEDE RECONSTRUIRSE TOMANDO COMO BASE LA COPIA DE LAS ACTAS QUE OBRAN EN LOS ARCHIVOS DE LA COMPAÑÍA.**

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

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

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

En cuanto a la pérdida del libro de actas... este Despacho considera que el libro puede reconstruirse, tomando como base la copia de las actas que obran en los archivos de la compañía, conforme a lo siguiente:

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

2. Si son simples fotocopias, es necesario establecer su autenticidad, antes de su transcripción, vr. gr. por testimonios de personas que hayan intervenido en su elaboración o en el original como testigos actuarios o que las hayan reconocido posteriormente; por información de un juez o de un notario que haya conocido el original, luego de efectuada la correspondiente confrontación, 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 220- 75989 diciembre 2 de 1998)





# ADMINISTRADORES

## APODERADOS GENERALES ARTÍCULO 185 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

La observación realizada por este despacho con fundamento en el artículo 185 del Código de comercio, referente a la indebida representación de acciones de terceros ejercida por los administradores apoderados generales, se mantiene, toda vez que los apoderados generales en ningún caso son representantes legales de sus poderdantes, pues actúan en ejercicio de un poder conferido para toda clase de negocios y no en ejercicio de la representación legal.

La representación legal es diferente de la representación convencional; al respecto el Dr. Arturo Valencia Zea, expresa: "..la representación es de dos clases: legal y convencional o contractual. La primera es la que establece directamente la ley en relación con los bienes de los incapaces. Persona incapaz es aquella a quien, en razón de tener alterada su voluntad, o de no haber adquirido la mayor edad, se le considera incapaz de ejercer personalmente sus derechos. En estos casos la ley permite que los derechos de que sea titular los ejerza otra persona capaz de ejercer los suyos. Así los padres son representantes legales de sus hijos menores de edad; el tutor o curador son representantes legales de los demás grupos de incapaces..."[9] (subraya fuera de texto).

La representación legal también se predica respecto de las personas jurídicas de derecho privado, las cuales pueden ejecutar actos jurídicos solamente por medio de un representante legal. Esta representación es legal porque surge de una regla de derecho que impone la existencia de ese órgano de gestión externa. Esto no obsta para que la persona jurídica eventualmente designe apoderados de conformidad con lo previsto en los estatutos.

La otra clase de representación es la convencional, que es la que tiene su fuente en un negocio y que pueden emplear todas las personas capaces de ejercer sus derechos, cuando no pueden o no desean ejercerlos y por ello apodera a otra para en que su nombre celebre un negocio. El poder puede ser general para toda clase de negocios o especial para determinado negocio. El apoderado, ya sea general o especial no es representante legal del poderdante, por lo que mal podría aceptarse que los apoderados si son generales están excluidos de la prohibición que establece el artículo 185 del Código de Comercio para los administradores y empleados de la sociedad, y en virtud de la cual no le es permitido a éstos representar en las reuniones del máximo órgano social acciones o cuotas distintas de las propias ni sustituir los poderes. (Oficio 320-65099 de julio 9 de 1999)

## APROBACIÓN DE DECISIONES EN ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS

**SOCIEDADES DE FAMILIA:**

Para absolver el primer interrogante relacionado con la conformación de juntas directivas y partiendo de la base de que la prohibición consagrada en el artículo 435 del Código de Comercio, exceptúa las sociedades reconocidas como de familia, es necesario establecer qué son sociedades de familia.

Las sociedades anónimas de familia se encontraban consagradas en el artículo 30 de la Ley 58 de 1931 como "aquellas que se formen en mayoría de miembros de una misma familia"; posteriormente el Decreto reglamentario 2521 de 1950 en su artículo 283 estableció como requisito para esta clase de sociedades, "que se hayan constituido por mayoría de personas vinculadas entre sí por parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado de consanguinidad, o de afinidad dentro del segundo grado"

Estas normas fueron derogadas por el Decreto 410 de 1971, que reguló íntegramente la materia de sociedades anónimas, sin incluir reglamentación al respecto 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. Al respecto esta entidad ha manifestado en sus oficios SL-1943 del 5 de octubre de 1989 y 220-14246 del 26 de julio de 1994:

"En este orden de ideas...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 o 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.

**ADMINISTRADORES:**

Ahora, en cuanto a la aplicación del inciso último del artículo 185 del Código de Comercio, en virtud del cual los socios que tengan la condición

de administradores, están impedidos para votar los balances y cuentas de fin de ejercicio, entre otros, proceden las siguientes consideraciones: El artículo 22 de la ley 222 de 1995 determina quienes tienen la calidad de administradores sociales, entre ellos encontramos al representante legal y a los miembros de la junta directiva.

Establecidos los anteriores parámetros se procede a responder el interrogante que se plantea, en torno a la forma como se ha de proceder en la práctica para efectos de la votación correspondiente. El encargo hecho por la asamblea general de accionistas al representante legal y a la junta directiva para administrar los negocios sociales, conlleva la obligación de rendir cuentas de su gestión ante el citado órgano social, para que se someta a su consideración; así las cosas, el legislador estableció en el inciso 2o. del artículo 185 del Código de Comercio, la expresa prohibición a los administradores de votar los balances y cuentas de fin de ejercicio, ello con el objeto de evitar que aprueben su propia gestión.

Tal prohibición se aplica absteniéndose el representante legal y los miembros de la junta directiva, en caso de que sean socios, de votar en la asamblea general de accionistas, al momento de ser sometidos a consideración los estados financieros de fin de ejercicio; en consecuencia haciendo abstracción del quórum deliberativo, la mayoría decisoria para el efecto se establecerá descontando previamente las acciones que posean las personas que están impedidas para votar. Es de destacar que la prohibición en mención tiene carácter imperativo y por lo tanto se aplica independientemente de cualquier consideración en cuanto a la naturaleza del tipo societario. (Oficio 220- 16368 21 de marzo de 1997)

## INFORME DE GESTIÓN - APROBACIÓN

**Existe algún impedimento legal para que los accionistas miembros de la Junta Directiva puedan votar válidamente el informe de gestión de la Junta Directiva en la Asamblea General, o por el contrario deben declararse impedidos". ?**





Revisadas las normas que rigen el derecho societario, nos encontramos con la consagración de varias incompatibilidades y prohibiciones que le son aplicables a los miembros de las juntas directivas y que son:

1.- De acuerdo con el artículo 185 del Código de Comercio, salvo los casos de representación legal, los miembros de la junta directiva no podrán representar acciones distintas de las propias, mientras estén en ejercicio de sus cargos, ni sustituir los poderes que se les confieran. Tampoco podrán votar los balances y las cuentas de fin de ejercicio ni las de liquidación.

   Se trata de una prohibición de ley fundada en razones de carácter ético, cuyo sentido y efectos no es dable variar sin incurrir en ilegalidad, dado el carácter imperativo de la norma. Al respecto la superintendencia ha precisado que el encargo hecho por la asamblea al representante legal y la junta directiva para administrar los negocios sociales, conlleva la obligación de rendir cuentas ante el mismo para que se sometan a su consideración; así las cosas el legislador estableció la expresa prohibición a los administradores de votar los balances y cuentas de ejercicio, ello con el objeto de evitar que aprueben ellos su propia gestión (Of. 220-43454, agosto 12/97).

2.- El artículo 202 del Estatuto Mercantil prohibe que una persona sea designada o que ejerza en forma simultánea un cargo directivo en más de cinco juntas, siempre que las hubiere aceptado.

Con el anterior precepto, el legislador quiere prevenir que una persona pertenezca a un número mayor de juntas, pues indudablemente, por razones de agenda y tiempo de preparación para ellas, no es posible ocuparse en debida forma para el ejercicio de su cargo y, además se evita así que, en un momento determinado se contrapongan los diferentes intereses que en dichas juntas confluyen.

3.- Dentro del artículo 435 ibídem, se establece que en una junta directiva no puede haber una mayoría cualquiera conformada

por personas ligadas entre sí por matrimonio, o por parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o primero civil, excepto en el caso de sociedades reconocidas como de familia. Si se eligiere una junta contrariando esta disposición, no podrá actuar y continuará ejerciendo las funciones la junta anterior, que convocará inmediatamente al máximo órgano social para una nueva elección.

Las decisiones adoptadas por la junta directiva con el voto de una mayoría que contraviniere lo dispuesto en este artículo, carecerán de toda eficacia, o sea no producirán ningún efecto por lo cual a nadie obligan, sin necesidad de pronunciamiento expreso.

Ahora bien, ante el interrogante que se plantea en torno a la aprobación del informe de gestión al que alude el artículo 47 de la Ley 222 de 1995 por parte de los accionistas que ostentan la condición de administradores, cabe precisar que efectivamente el artículo 46 ibídem, les impone la obligación a los administradores de presentar al máximo órgano social para su aprobación o improbación al fin de cada ejercicio contable, el respectivo informe, junto con los estados financieros y sus notas, así como un proyecto de distribución de las utilidades repartibles, el cual, al tenor del citado artículo 47, deberá contener la exposición de los hechos y las indicaciones expresamente señaladas por la norma, advertencia explícita de que para ese fin el informe deberá haberse aprobado antes por la mayoría de votos de los administradores que deban presentarlo.

**De acuerdo con lo anterior, es claro que las disposiciones citadas en manera alguna establecen para efectos de la aprobación que le corresponde a la asamblea, o junta de socios sobre el denominado informe de gestión, prohibiciones o restricciones, en razón de la calidad de administradores, como tampoco las contempla ninguna otra norma legal.**

**De ahí es forzoso concluir que no existe impedimento legal para que los administradores, que sean a la vez socios o**





**accionistas expresen su voto en relación con el informe de gestión, pues so pretexto de la previsión contenida en el artículo 185 del Código citado, no sería posible pretender su aplicación analógica, si se tiene en cuenta que se trata de una norma de carácter eminentemente restrictivo, que en virtud de las claras reglas de hermenéutica jurídica, no puede hacerse extensiva a casos similares.**

**A más de lo anterior, es lógico inferir que no haya previsto el legislador en ese evento ninguna restricción, pues la aprobación que imparte el máximo órgano social sobre el informe de gestión, es de carácter formal, mas no de fondo; esto es que no supone su anuencia sobre el desempaño o gestión propiamente dicha de los administradores, sino sobre su contenido material, en la medida en que el mismo se haya laborado con sujeción a las reglas que fija el artículo 47 ibídem.** (Oficio 220- 38083 julio 9 de 1998)

## ELECCIÓN PARCIAL DE MIEMBROS DE LA JUNTA DIRECTIVA

La Ley 222 de 1995 introdujo importantes modificaciones en materia de quórum para deliberar y mayoría para decidir. En efecto, el artículo 68 establece, como regla general, para el caso de las sociedades que tienen sus acciones inscritas en el Registro que lleva la Superintendencia de Valores y las negocian en bolsa, un quórum equivalente a la mitad más una de las acciones suscritas, y se permite sólo la posibilidad de fijar estatutariamente un quórum inferior. Igualmente, la norma es imperativa al determinar que en dichas sociedades las decisiones deben tomarse con la mayoría de los votos presentes, lo cual trae consigo una reducción de la mayoría decisoria ordinaria mediante una regla de la cual se exceptúan únicamente los asuntos a los que se refieren los artículos que se indican en tal disposición.

Así las cosas, en las sociedades que negocian sus acciones en el mercado de valores bajo ninguna circunstancia podrá exigirse un quórum superior al señalado y, por tanto, habrá de darse aplicación

a lo consagrado al respecto en la ley, salvo que estatutariamente se fije un quórum inferior; y en materia de mayorías se concluye que todas las decisiones que corresponda adoptar a la asamblea general de accionistas se tomarán con el voto favorable de la mayoría absoluta de las acciones presentes en la respectiva reunión, excepto que se trate de los casos previstos en los artículos 155, 420 numeral 5º. y 455 del Código de Comercio, eventos en los cuales se aplicarán las mayorías contempladas en las aludidas normas.

No obstante lo anterior, ha de precisarse que en el inciso tercero del artículo 197 del Código de Comercio se consagra una excepción a la exigencia legal de reemplazar los miembros de junta directiva mediante el sistema del cuociente electoral, y no alude como equivocadamente se ha planteado a una mayoría para la adopción de decisiones aplicable a sociedades cerradas, es decir, aquellas que no negocian sus acciones en el mercado público de valores. De acuerdo con dicha disposición[1] cada vez que en las sociedades se vaya a elegir a dos o más personas para integrar una misma junta, comisión o cuerpo colegiado, es imperativo que se aplique el sistema del cuociente electoral, a menos que por excepción, las vacantes se provean por unanimidad.

El propósito fundamental del sistema del cuociente electoral no es otro que el de facilitar que los distintos grupos de asociados, a través de un mecanismo especial de designación de administradores, puedan designar miembros de parte de "...una misma junta, comisión o cuerpo colegiado...". Por tanto, es claro que la única forma de obviar el cuociente electoral se da cuando la correspondiente elección se efectúa por unanimidad, toda vez que

[1] *"Siempre que en las sociedades se trate 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 los votos válidos emitidos por el de las personas que hayan de elegirse. El escrutinio se comenzará por la lista que hubiere obtenido el 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 empates de los residuos decidirá la suerte.*
*Los votos en blanco sólo 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 elecciones parciales, sin proceder a una nueva elección por el sistema de cuociente electoral, a menos que las vacantes se provean por unanimidad".*





sólo así queda salvaguardado el interés en cuya protección se erigió la disposición legal en comento.

**Es necesario añadir que este despacho no encuentra procedente la posibilidad de renovar parcialmente la junta, mediante el mecanismo del cuociente electoral[2] pues cada vez que se presenten una o varias vacantes en la junta directiva es necesario que se proceda a la elección de todos los miembros que la conforman, ya que sólo de tal manera se preserva la finalidad de este sistema especial de votación por cuociente electoral, el cual, como quedó dicho, procura facilitar la representación en la Junta Directiva de los grupos que se forman en la asamblea general de accionistas o junta de socios[3]**

Lo anterior se confirma en la hipótesis de una vacancia dejada por el único director proveniente de la plancha propuesta por el grupo minoritario; pues una elección parcial con la participación de los grupos mayoritarios mediante el cuociente electoral, diluiría el poder de voto del grupo que pudo designar el cargo vacante, lo cual resulta contrario a la finalidad relativa a asegurar la participación de los diversos intereses que existen dentro de una sociedad. Dada, entonces, la especial finalidad de las reglas sobre cuociente electoral, se concluye que el artículo 68 de la Ley 222 de 1995 no modifica lo previsto en el artículo 197 del Código de Comercio. (Oficio 220-44128 mayo 12 de 1999)

[2] *"Sobre el particular el profesor José Gabino Pinzón en su obra Sociedades Comerciales, Tipos o Formas de Sociedades –Volumen 2, Ed. Temis Pág. 245, explica que la exigencia de que la elección de la junta directiva, tanto de 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 pueden 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 proteger a grupos disidentes. Pero se excluye, en cambio, la posibilidad de renovar parcialmente la junta sin apelar al sistema de cuocidente electoral, como se prescribe expresamente en el artículo 197 del Código: caso en el cual también puede sostenerse que, habiendo unanimidad en la elección de los reemplazos o nuevos miembros, no hay necesidad de utilizar un sistema previsto en la ley para situaciones o supuestos de hecho que no se dan entonces".*
[3] *No debe perderse de vista, al decir del profesor José Ignacio Narváez, que "Este principio de protección a las minorías impide proveer parcialmente las vacantes que se produzcan en la junta o comité, salvo que la elección parcial se haga por unanimidad. Pero cuando esta no se logre y haya necesidad de llenar vacantes, deberá procederse a elegir todos sus miembros, con el fin de preservar siempre una equilibrada representación de los grupos de asociados". Teoría General de las Sociedades. Séptima Edición. Actualizada, Ediciones Doctrinas y Ley pág. 291.*

## PARA SER MIEMBRO DE JUNTA DIRECTIVA NO SE REQUIERE LA CALIDAD DE ACCIONISTA

Legalmente, la Asamblea puede elegir como miembros de la Junta Directiva a personas que no tienen calidad de accionistas, aun no estando presentes en la reunión?

De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 434 del Código de Comercio, la junta directiva se integrará con no menos de tres miembros con sus respectivos suplentes; en caso de que una sociedad tenga un número de integrantes determinado y pretenda variarlo, deberá hacerlo a través de una reforma estatutaria.

Asimismo, el artículo 436 ibídem, señala que los principales y suplentes serán nombrados por el máximo órgano social para períodos determinados y por cuociente electoral, sin perjuicio de que puedan ser reelegidos o removidos libremente por el mismo órgano.

De otra parte conforme al artículo 435 ídem, no puede haber en las juntas directivas una mayoría cualquiera formada con personas ligadas entre sí por matrimonio, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o primero civil, excepto en el caso de sociedades reconocidas como de familia. Si se elige una junta contrariando esta disposición no podrá actuar y continuará ejerciendo sus funciones la junta anterior, que convocará inmediatamente a la asamblea para una nueva elección que se ciña a los parámetros legales.

Con el recuento de las anteriores normas podemos determinar en forma clara que dentro de la legislación no existe una disposición que establezca como condición el que para ser miembro de una junta directiva de una sociedad comercial, se deba a su vez ser accionista de ella y, que además, al momento de la elección o del retiro se encuentre presente en la reunión; por el contrario se infiere de ellas que es discrecional del órgano social competente elegir a su arbitrio las personas que han de conformar la junta, como lo indica el numeral 4º, artículo 420 al consagrar que es función de la asamblea general de accionistas "Elegir





y remover libremente a los funcionarios cuya designación le corresponda"

De ahí que salvo estipulación en contrario, cualquier persona capaz puede ser miembro de una junta directiva sin necesidad de ser accionista o estar presente para su elección, pues es al momento de cumplir con la obligación legal de registrar su nombramiento en la cámara de comercio del domicilio social, que debe acreditarse la aceptación de la designación, bien que ella conste en la misma acta o en documento aparte, de donde es claro que esa manifestación puede darse con posterioridad a la elección.

Acogiendo los mismos parámetros, es irrelevante jurídicamente que el designado como miembro de una junta directiva, se encuentre presente en la respectiva reunión actuando como apoderado de un accionista. (Oficio 220-30807 junio 2 de 1998).

## IMPOSIBILIDAD DE ACEPTAR LA RENUNCIA DEL GERENTE Y REVISOR FISCAL

Frente a la situación en la cual un gerente o un revisor fiscal pretende separarse del cargo y su renuncia no puede hacerse efectiva en razón a que la junta de socios no atiende las convocatorias realizadas por el representante legal, se pregunta qué puede hacer el gerente para liberarse de la responsabilidad que tal cargo impone, habida consideración que ante la Cámara de Comercio el soporte válido para separarse del cargo es el acta donde conste la aceptación de la renuncia y, en consecuencia, la solución tratándose de un revisor fiscal que se encuentre en las mismas condiciones.

### 1. Representación y Gestión de Negocios en una sociedad de responsabilidad limitada.

Como quiera que los interrogantes planteados se encuentran referidos a una sociedad de responsabilidad limitada, el Despacho estima necesario efectuar algunas consideraciones sobre la forma como se manejan los negocios sociales de este tipo de compañías.

De conformidad con el mandato contenido en el artículo 358 del estatuto mercantil, la representación de la sociedad y la administración de los negocios sociales corresponde a todos y cada unos de los socios, salvo que la junta de socios decida delegar la representación y administración en cabeza de un gerente, lo cual corresponde al caso planteado.

**2. Inamovilidad de los administradores**

Este enunciado puede considerarse como una regla pilar de las relaciones societarias. En efecto, compete a los socios con estricta sujeción a la ley diseñar las reglas en cuanto al funcionamiento, manejo y dirección de la compañía, cuya expresión genuina es la designación de los administradores y en particular del representante legal, quien será el encargado de ejecutar las políticas por ellos trazadas en cuanto al manejo de los negocios de la compañía.

Ahora bien, refiriéndonos concretamente a la legislación colombiana, se tiene que el artículo 198 del estatuto mercantil establece que se tendrán por no escritas las cláusulas que tiendan a la inamovilidad de los administradores o que exijan para la remoción mayorías especiales distintas de las comunes.

El Despacho considera que esta regla puede ser analizada desde dos puntos de vista a saber : el primero, según el cual los socios pueden en cualquier momento efectuar el cambio de los administradores, aún cuando no se haya vencido el período para el cual hubieren sido designados, lo cual responde a la filosofía ya enunciada. Pone de presente la importancia que otorga el legislador a este principio, el mandato contenido en el artículo 425 del estatuto mercantil, según el cual en una reunión extraordinaria podrá siempre debatirse el tema referente a la remoción o designación de los administradores, que contiene una excepción a las reglas que sobre temario establece la ley para las reuniones extraordinarias y se traduce en una garantía para los asociados, en el sentido que siempre podrán deliberar y decidir sobre tal aspecto.

Si bien los administradores pueden ser separados de su cargo en cualquier momento, es necesario señalar que tal decisión en





principio debe obedecer a razones de peso que deberán ser evaluadas, tomando en consideración siempre los intereses de la compañía, y no al capricho del respectivo órgano.

En este punto resulta de especial importancia traer a colación el autorizado criterio del profesor Hernán Villegas Sierra cuando expresa :

"Como atrás se dijo, bajo el régimen de delegación la revocabilidad de los administradores constituye un principio legal que no puede ser renunciado, limitado ni subordinado a mayoría especial por disposición del artículo 198 del Código de Comercio.

En comentario al citado artículo del Código, Narváez (18) escribe que "esa revocabilidad es ad nutum, es decir, el órgano social a quien compete nombrar y remover al gerente (en general a los administradores) puede tomar esa determinación cuando lo estime conveniente". Por ello, en armonía con tal principio, el artículo 425 del Código dispone que en las reuniones extraordinarias de la asamblea o junta de socios, a pesar de la limitación del ámbito de sus decisiones el temario anunciado en la convocatoria, la revocabilidad de los administradores constituye un punto abierto siempre a la deliberación de los asociados y a la decisión de éstos : "...en todo caso podrá remover a los administradores y demás funcionarios cuya designación le corresponda". Así considerada, la libre revocabilidad de los administradores aparece en principio como una facultad ilimitada que puede ejercerse en cualquier momento sin que sea necesario dar motivos de la revocación.

(...)

La facultad de revocación ad nutum ha de interpretarse como un derecho relativo y no como un derecho absoluto que pueda ser ejercido sin un motivo legítimo y sin una razón legítima pues elevado a precepto legal el principio que sanciona el ejercicio abusivo del derecho, la revocación arbitraria de los administradores, sin una causa legítima, constituirá una guía para el mesurado ejercicio de aquel derecho, pues una cosa es que no sea necesario expresar los motivos de la revocación, y otra muy diferente es que la

revocación se produzca sin una razón justificada o sin ninguna justificación (Régimen Legal de las Sociedades de Responsabilidad Limitada 1a Edición, 1982, Biblioteca Jurídica Dike, Pág. 211 y ss).

El segundo punto de vista se encuentra referido a que la no inamovilidad, también debe ser entendida en el sentido que los administradores pueden separarse del ejercicio de los cargos en cualquier momento, sin que tal proceder pudiera estar condicionado a la aprobación por parte del órgano social respectivo, lo cual no significa que no tenga que pronunciarse sobre el particular. En otras palabras, a diferencia de la situación que se presenta para el ejercicio del cargo, en la cual se requiere como resulta apenas lógico la designación del órgano respectivo y la consecuente aceptación del representante legal, en caso de renuncia al órgano social respectivo no le queda opción distinta de aceptarla, pues de establecerse condiciones se llegaría a la consagración de la regla que el código censura.

Este análisis integral permite un manejo adecuado de la figura. En efecto, no sería lógico que la regla de la no inamovilidad sea entendida en el sentido que los administradores pueden ser removidos en cualquier tiempo, pero que respecto de ellos no se aplica y en consecuencia están obligados a permanecer en el cargo pese a su decisión de separarse del mismo.

La renuncia al cargo por parte del representante legal no resulta por si sola suficiente, sino que se requiere necesariamente que lo libere de la responsabilidad derivada del ejercicio del cargo. Sobre este particular, los artículos 163 y 164 del estatuto mercantil establecen que el representante queda separado y liberado de responsabilidad con la inscripción en el registro mercantil de copia del acta del respectivo órgano en la cual se aceptó la respectiva renuncia, evento éste en el cual el registro mercantil tiene carácter constitutivo, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia y doctrina nacional.

La separación del cargo sólo podrá producirse a partir de la inscripción en el registro mercantil de la decisión respectiva, sin





que fuere necesario que el órgano respectivo hubiera procedido a designar el reemplazo. En efecto, esta Entidad ha considerado que la sola aceptación de la renuncia por parte del órgano social tiene la idoneidad suficiente para efectuar la cancelación en el registro mercantil, así se tiene que en el oficio 220-15609 del 10 de agosto de 1994 se expresó:

"Desde otro punto de vista, cuando un representante legal, liquidador o revisor fiscal presenta renuncia a su cargo y es aceptada, 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 solo 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, así inclusive, no se haya nombrado inmediatamente su reemplazo y, por ende, no se cancele su nombre en el registro mercantil del domicilio social. (artículo 164 idem)

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". (subraya por fuera de texto).

Si bien las reglas mencionadas en los artículos 163 y 164 del Código de Comercio están orientadas por principios según los cuales la sociedad no puede quedar acéfala, razón por la cual se exige siempre la inscripción del reemplazo respectivo, debemos señalar que frente a dos valores en juego, como son la representación de la sociedad y el derecho del representante legal a separarse de su cargo, debe primar este último, pues la decisión de proveer al reemplazo no depende de él, sino de los integrantes del órgano social respectivo y compete directamente a los socios adoptar las determinaciones que sean del caso para la designación del correspondiente representante legal.

En otras palabras, compete a los socios como partes del contrato social proceder a realizar todas aquellas conductas tendientes al desarrollo de la vida de la compañía, en las cuales se incluyen como resulta apenas obvio, la designación del representante legal, en aquellos eventos que por ley le corresponde tal atribución.

Tal como atrás se señaló, tratándose de sociedades de responsabilidad limitada la administración social y la representación compete en principio a todos los socios, salvo que ellos decidan al consagrar la correspondiente regla estatutaria, delegarla en un gerente. En este caso, cobra mayor importancia el planteamiento que se expone, pues los socios ante la aceptación de la renuncia del administrador y la no designación del reemplazo, deben proceder como la diligencia y las cargas propias de su actividad lo imponen, a designar el reemplazo si a bien lo tienen, o a asumir la administración y representación en la forma que el estatuto mercantil lo consigna.

## 3. El derecho de los socios a constituirse en órgano social, también comporta obligaciones, en especial cuando existe una convocatoria debidamente efectuada.

### 3.1 Importancia del máximo órgano social y convocatoria.

La legislación mercantil reconoce de manera expresa el derecho de los socios de dar vida al máximo órgano social, razón por la cual establece sanciones para los





administradores que no realizan las conductas destinadas para el efecto; diseña mecanismos de protección para que los socios puedan cuando los administradores sean negligentes dar vida al órgano social (reuniones por derecho propio) ; facilita el funcionamiento de los órganos, con las reuniones de segunda convocatoria y permite la reunión de los mismos en cualquier lugar sin necesidad de previa convocatoria en la llamada reunión universal, asegurando de esta manera la existencia del máximo órgano social así como su funcionamiento.

El mecanismo idóneo para la integración del órgano respectivo es la convocatoria, la cual sólo puede ser realizada por aquellas personas habilitadas por la ley y debe sujetarse en un todo a las reglas previstas en la ley o en los estatutos, pues es la herramienta por medio de la cual se asegura que el derecho de los socios a participar en las deliberaciones y en las decisiones que deban adoptarse en la junta sea efectivo y no teórico. En atención a esta circunstancia, la ley sanciona con ineficacia aquellas decisiones del máximo órgano social que se adopten en una reunión en la cual se desatendieron las reglas en cuanto a la convocatoria, toda vez que constituye un elemento esencial de la reunión de la junta o asamblea.

### 3.2 Sujetos legitimados para convocar

En cuanto a las personas que de acuerdo con la ley están legitimadas para convocar al máximo órgano social, debemos señalar que la legitimación resulta si se quiere elemental, habida consideración que en cabeza del representante legal y de la junta directiva, como administradores pesa la obligación de informar al máximo órgano social del estado de los negocios de la compañía, conocimiento que sólo pueden adquirir con la integración del órgano, la cual requiere tal como atrás se expuso, de la convocatoria efectuada en debida forma. Así mismo, la legitimación a los socios que representan por lo menos la cuarta parte del capital social de solicitar a quienes están

facultados para convocar al máximo órgano social que convoquen, se justifica en la medida que a ellos asiste el derecho de conocer el estado de la compañía, deliberar y adoptar las determinaciones que sean del caso.

En lo que concierne al revisor fiscal, debemos señalar que la legitimación se justifica habida consideración de la especial importancia que la ley brinda a su labor, máxime cuando le corresponde determinar el cumplimiento de la ley y los estatutos, y por mandato de la ley los socios deberán reunirse por lo menos una vez al año en los tres primeros meses. De otra parte, compete al revisor fiscal denunciar cualquier irregularidad que se presentare, así como poner en conocimiento aquellas situaciones que incidan en la compañía, V. gr. cuando se configure una causal de disolución por pérdidas, aspecto éste que es del resorte exclusivo del máximo órgano social, pues a él compete adoptar las determinaciones necesarias para enervar la causal de disolución.

Finalmente, debemos señalar que de conformidad con el artículo 181 del Código de Comercio, la Superintendencia de Sociedades se encuentra legitimada para convocar al máximo órgano social, orden que imparte en la medida que encuentre que la situación de la compañía impone necesariamente un conocimiento y pronunciamiento por parte del máximo órgano social.

### 3.3. Vinculación de la convocatoria para los socios

Si el máximo órgano es debidamente convocado, los socios están en la obligación de concurrir a la citación respectiva a fin de conocer el tema de que se trate, pues el derecho de reunirse y dar vida al órgano no es un derecho que no imponga correlativamente obligaciones a los socios y que por tanto, estos puedan a su mejor conveniencia asistir a aquellas reuniones en las cuales se han de tratar los temas que puedan convenirles o simplemente por una mera liberalidad dejen de asistir ; por el contrario, deberán estar





prestos a concurrir en todos aquellos casos en los cuales se exija su presencia, pues si se examinan los sujetos legitimados para efectuar la convocatoria, se concluye que tal legitimación obedece al reconocimiento de una obligación en cabeza de los sujetos allí mencionados para poner en conocimiento del órgano temas que tienen relación con la suerte y futuro de la compañía y en los cuales los destinatarios naturales son los socios. No tendría sentido legitimar a unos determinados sujetos y que los socios puedan omitir tal llamamiento, sin que pueda predicarse ninguna consecuencia por haber desatendido tal obligación.

El socio debe correr con las consecuencias propias del incumplimiento de su deber, así se tiene que deberá sujetarse a las decisiones que adoptaren sus pares, siempre y cuando las mismas tengan carácter general y se ajusten a la ley y a los estatutos. Si bien el socio puede en ejercicio de su autonomía privada no asistir a las reuniones del máximo órgano social, es necesario poner de presente que tal conducta que en algunos casos resultaría justificable, debe ser materia de reproche cuando con ella se perjudica el derecho de un tercero, en este caso del gerente que dimite a su cargo.

Si bien la ciencia jurídica protege el ejercicio de los derechos subjetivos en cabeza del individuo, censura de manera ejemplarizante el ejercicio arbitrario o desmedido de los mismos, para lo cual se ha elaborado la teoría del abuso del derecho, que en Colombia ha tenido consagración jurisprudencial y luego legal en el artículo 830 del estatuto mercantil. De otra parte, es de todos conocida la máxima según la cual el derecho de un individuo llega hasta donde llega el derecho del otro, que aplicada al caso materia de estudio implica que el derecho del socio de no asistir a la convocatoria que le efectúa el representante legal, no puede lesionar el derecho de éste a separarse de su cargo, máxime si se tiene en cuenta que tal como atrás quedó dicho, el único sujeto autorizado para proveer sobre el particular es el

órgano respectivo quien no puede negarse a aceptar su dimisión y que se integra por la reunión de los socios.

En relación con la doctrina del abuso del derecho, resulta de especial importancia traer a colación el criterio expuesto por la jurisprudencia nacional.

"Para ver si la teoría del abuso del derecho es aplicable de conformidad con nuestra legislación, es conveniente analizar lo que se entiende por ella.

"Tiene por fundamento la consideración de que el derecho es una función que debe ejercerse para el cumplimiento del fin social y sobre bases de estricta justicia, o sea, sin traspasar los límites de la moral ; porque -como dicen los tratadistas de esta teoría <no se conforma el derecho con el ejercicio de las facultades que con arreglo a las normas nos corresponden ; exige que las misma sean ejercidas no sólo sin perjuicio de los demás, del todo social, sino también con la intención de no dañar con un fin lícito y moral simultáneo>". (Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia del 6 de Septiembre de 1935 XLII, 601. Subrayas por fuera del texto).

"La teoría del abuso de los derechos, tan admirablemente sistematizada por JOSSERAND en su obra De L'esprit des droits et de leur relativité. Theorie dite l'abus des droits (1927), da testimonio inequívoco del desarrollo actual del concepto de la responsabilidad. A la antigua concepción rígida de los derechos individuales, opónese hoy la teoría de su relatividad, que conduce a admitir el posible abuso de los derechos, aún de los más sagrados. Según esta teoría, cada uno de los derechos tiene su razón de ser, y su misión que cumplir ; cada uno de ellos persigue un fin del cual no le es dado desviarse a su titular. Los derechos son dados para la sociedad, a la cual sirven, más que al individuo ; por lo tanto no son absolutos sino relativos ; deben, pues, ejercitarse dentro del plano de la respectiva institución, conforme al espíritu que los inspira ; no siendo lícito





imprimirles una falsa dirección sin abusar de ellos, con lo cual el titular compromete su responsabilidad hacia la víctima de esa desviación. ("Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Casación del 21 de febrero de 1938. XLVI. Subrayas por fuera de texto).

### 3.4 El bloqueo de los órganos sociales no puede afectar los derechos del representante legal.

Si los socios no atienden la convocatoria efectuada por el representante legal, en atención a que existen unas diferencias entre ellos o que no adoptan las determinaciones que sean del caso, es necesario poner de presente que si bien tal proceder corresponde a su propio resorte, en modo alguno puede perjudicar los derechos de terceros, como el representante legal. Así las cosas, las diferencias que existan entre los socios que eventualmente pudieran generar la configuración de la causal de disolución por imposibilidad para desarrollar su objeto social, aunquen genera efectos frente a la compañía, no puede vincular al representante legal. En otras palabras, el gerente no tiene porqué ser afectado por el conflicto que surge entre los socios.

Finalmente, debemos señalar que el deber de colaboración que debe existir entre los órganos sociales impone necesariamente que los socios concurran al llamamiento efectuado por los sujetos habilitados por la ley para ello.

## 4. Soluciones en el derecho societario colombiano.

Refiriéndonos al caso materia de estudio, es claro que las reglas contenidas en los artículos 163 y 164 del estatuto mercantil no resultan suficientes para tutelar el derecho del representante legal a separarse de su cargo, pues independientemente de la clase o tipo de relación que subyace a la representación, no existe una decisión del órgano respectivo que lo habilite para hacerlo y en consecuencia sigue respondiendo hasta tanto se cancele el respectivo nombramiento en el registro mercantil, con unas circunstancias especialmente agravantes, si se tienen en cuenta

las reglas que sobre responsabilidad introdujo la legislación mercantil.

**Con base en las disposiciones existentes habría lugar a dos soluciones: la primera, que el gerente quede sujeto a que el órgano social le acepte la renuncia y se inscriba tal decisión en el registro mercantil y que por tanto no puede separarse del cargo ni exonerarse de la responsabilidad que el mismo impone hasta tanto se den esas condiciones, solución que rechaza el Despacho, pues si bien podría estar respaldada en varias disposiciones societarias, resulta contraria a principios del mismo derecho societario, como la inamovilidad de los administradores, el deber de colaboración de los órganos sociales, el abuso del derecho, así como también repugna con postulados de nuestra Carta Política, entre los cuales cabe mencionar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho al trabajo y resulta especialmente injusta con el representante legal.**

**En relación con el criterio de justicia que debe imperar en la solución a los conflictos y en particular respecto de las decisiones de autoridad, la doctrina jurídica desde tiempo atrás ha procurado por la identificación de la solución legal con la justicia, pues en últimas el derecho es una herramienta para la paz social, la cual solo se obtiene en la medida que las soluciones que se adopten sean justas.**

**De lo anteriormente expuesto, se concluye que el operador jurídico debe encontrar una solución que además de estar acorde con los principios propios del ordenamiento jurídico, resulte justa, y en el caso materia de estudio se concreta en abrir la posibilidad para que ante la situación planteada pueda el gerente separarse válidamente del cargo. En efecto, considera el Despacho que ante la situación planteada, el mecanismo jurídico más eficaz para la protección de los derechos vulnerados con la conducta de los socios, es la acción de tutela, tópico que analizaremos en detalle enseguida.**





**5. Disolución de la compañía. Intervención de la Superintendencia.**

Estima necesario el Despacho señalar que la conducta descrita, referida a la renuencia reiterada de los socios a acudir a las reuniones del máximo órgano social para tratar la renuncia del representante legal y deliberar acerca de los temas propios del manejo de la compañía, temas respecto de los cuales son los destinatarios naturales, constituye síntoma inequívoco de la falta de animus societatis. En efecto, ha sido doctrina reiterada de esta Superintendencia que en el caso materia de estudio, se configura la causal prevista en el numeral 2o. del artículo 218 del estatuto mercantil, en el sentido que la conducta de los socios ya descrita, implica necesariamente que la sociedad se encuentra en imposibilidad de desarrollar su objeto social.

Sobre el particular es oportuno traer a colación la opinión del profesor Francisco Reyes Villamizar, cuando expresa :
**"2.1.2.1 Paralización de los órganos sociales.**

Resulta interesante la moderna tendencia legislativa a considerar como causal de disolución de las sociedades el bloqueo de sus órganos, conocido comúnmente en el sistema anglosajón con la expresión *deadlock*. Esta circunstancia se presenta cuando "una estructura de control permite que una o más facciones de accionistas bloqueen la actividad de la sociedad, si están en desacuerdo con algún aspecto relacionado con las políticas de la sociedad".

Tal como lo afirman Harry Henn y Jonh Alexander, "cuando los accionistas están divididos en grupos paritarios, disfrutan del derecho a veto o están sujetos a requisitos de quórum o mayorías decisorias más exigentes que las normales, las probabilidades de bloqueo de la asamblea aumentan. Generalmente, existen tres métodos alternativos para solucionar el problema : a) Acuerdos de compra y venta, b) Arbitramento, y c) Disolución".

Por su parte, el ordinal 3o. del artículo 260 de la Ley Española de Sociedades Anónimas de 1989, establece perentoriamente que

este tipo de compañía se disolverá "...por la paralización de los órganos sociales, de modo que resulte imposible su funcionamiento".

En la legislación colombiana no se ha contemplado explícitamente la mencionada figura. Por tanto, sólo en los casos en que la parálisis de los organismos sociales acarree la imposibilidad de desarrollar el objeto social, podrá tenerse el bloqueo como causal de disolución". (Disolución y Liquidación de Sociedades, 3a. Edición, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 1998, Pág. 81 y ss. Subrayas por fuera de texto)

Esta superintendencia ante un caso semejante al planteado en una sociedad de responsabilidad limitada, expresó:

"Que como se observó en el considerando... de esta providencia, ha desaparecido totalmente el elemento esencial del contrato de sociedad, ' la affectio societatis' en el presente caso, lo cual se acredita aún más con la inasistencia del socio minoritario a la reunión de la junta general convocada por la Superintendencia y la renuencia del representante legal de la sociedad para convocarla. En tales condiciones la sociedad no puede funcionar normalmente, máxime cuando la junta general de socios no se reúne ni ha podido reunirse y se violan en ésta y otras maneras los estatutos. Por tanto la Superintendencia considera que la sociedad se encuentra en imposibilidad de desarrollar la empresa social pues no tiene un órgano de dirección que funcione normalmente y la administración se encuentra supeditada a las órdenes del socio minoritario". (Resolución número 1001 de marzo 26 de 1974).

En este orden de ideas, para el Despacho es claro que frente a la hipótesis planteada se configuraría la causal de disolución ya mencionada, la cual puede ser declarada por esta Entidad, en la forma que enseguida se expone :

**Sociedad sujeta a inspección.**

La situación descrita comporta la existencia de irregularidades en el manejo de la compañía que darían lugar a que la superintendencia





sometiera al control a la sociedad a fin de subsanar las irregularidades ya anotadas, medidas que conducirían fundamentalmente a poner a fin a la compañía, con el correspondiente decreto de disolución y la orden de llevar a cabo la liquidación del patrimonio social. De otra parte, dentro de las atribuciones con que cuenta esta entidad frente a las sociedades que adelantan el proceso liquidatorio privado habrá lugar a la designación del liquidador cuando agotados los medios previstos en la ley o en los estatutos no fuere posible efectuarlo.

En este caso se requiere un conocimiento preciso por parte de la entidad, pues si bien la decisión de someter al control a la compañía así como la de decretar la disolución, ordenar la liquidación y designar el liquidador, pueden ser adoptadas de oficio, es obvio las mismas solo pueden ser dispuestas en la medida en que exista un conocimiento detallado de la situación de la compañía.

En este sentido, el representante legal, el revisor fiscal, así como cualquiera de los socios se encuentran legitimados para denunciar las irregularidades ya anotadas a esta superintendencia, para lo cual solicitarán la práctica de una investigación administrativa. En esta actuación, una vez verificadas las irregularidades denunciadas, la entidad podrá someter a control a la compañía y adoptar las decisiones a las cuales nos hemos referido.

**Sociedad Vigilada.**

Tratándose de una sociedad vigilada la entidad puede decretar la disolución, ordenar su liquidación y designar al liquidador, en la forma que atrás se comentó, pues corresponde al ejercicio de las funciones propias de la atribución de vigilancia.

Es de señalar que en este caso la medida procede de oficio o en atención a la información que al respecto le suministre cualquiera de los sujetos ya mencionados, y se procederá en idéntica forma.

Estas medidas permiten no sólo superar la situación del representante a quien no se acepta la renuncia, sino igualmente ponen fin al estado anómalo en que se halla la compañía. No sobra

advertir que tratándose del revisor fiscal, esta Superintendencia carece de competencia para efectuar su designación y por tanto para lograr su desvinculación, se requerirá en todo caso la aceptación de la renuncia por parte del máximo órgano, previa la convocatoria que ordenará este Despacho o la terminación del proceso liquidatorio y la consecuente extinción de la persona jurídica.

## 6. La Acción de Tutela

Dispone el artículo 86 de la Constitución Política:

"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión."
En relación con la aplicación de la disposición transcrita al caso materia de estudio, debemos señalar lo siguiente:





### 6. 1 Derechos Fundamentales Violados:

El artículo 16 de la Carta política consagra que todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

Acerca de los alcances de este derecho la Corte Constitucional ha expresado:

"Este derecho fundamental comprende dos aspectos: el primero, que otorga al hombre la libertad o derecho de escoger profesión, oficio u ocupación, según su parecer, actitudes, gustos o aspiraciones, sin perjuicio de que la ley pueda imponer la obligación de competencia o habilitación requeridas de acuerdo con cada actividad (C.N., art. 26). El segundo aspecto, se refiere a que la libertad de trabajo no puede traer consigo el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad del hombre. De suerte que es fundamental, que en la ejecución de su relación laboral, el trabajador conserve su persona y su libertad, sin perjuicio de que deba desempeñar su labor bajo la autoridad del empleador, quien no puede atentar contra la libertad personal de aquél. Los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional, prevén el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico, y la prohibición de la esclavitud y la servidumbre respectivamente, de cuya interpretación sistemática, se deduce la libertad de trabajo, en concordancia con lo previsto en el artículo 26 del mismo Estatuto Superior, según el cual toda persona es libre de escoger profesión u oficio. Se entiende que la libertad de trabajo, de acuerdo con la carta, una expresión de la personalidad, voluntaria y no sometida a dominio o imposición del Estado ni de los particulares, para escoger profesión y oficio." (Sentencia T-014 del 28 de mayo de 1.992. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz. Subrayas por fuera de texto.)

Y en otra providencia agregó:

"El artículo 16 de la Constitución Política de Colombia introduce por primera vez en nuestro régimen constitucional el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho se predica de todas las personas naturales exclusivamente ya que las personas jurídicas se rigen por sus propios estatutos y sólo pueden desarrollar el objeto social que ellos determinan.
Por otra parte, el libre desarrollo de la personalidad tiene una connotación positiva y otra negativa. El aspecto positivo de este derecho consiste en que el hombre puede en principio hacer todo lo que desee en su vida y con su vida. Y el aspecto negativo consiste en que la sociedad civil y el Estado no pueden realizar intromisiones indebidas en la vida del titular de este derecho más allá de un límite razonable que en todo caso preserve su núcleo esencial.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad también es conocido como derecho a la autonomía personal. Es un derecho de carácter "genérico y omnicomprensivo" cuya finalidad es comprender aquellos aspectos de la autodeterminación del individuo, no garantizados en forma especial por otros derechos, de tal manera que la persona goce de una protección constitucional para tomar, sin intromisiones ni presiones, las decisiones que estime importantes en su propia vida. Es aquí donde se manifiesta el derecho de opción y es deber de las personas respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (C.N. art. 95.1).

El derecho al libre desarrollo de la personalidad no es un simple derecho, es un principio que irradia a todos los derechos contenidos en la Constitución, pues otorga mayor fuerza a su contenido. Debe ser por tanto considerado como principio por cuanto es orientador, integrador y crítico de las normas constitucionales." (Sentencia T-452 del 5 de septiembre de 1992. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Subrayas por fuera de texto).





En cuanto a la vulneración del mencionado derecho, así como el derecho de toda persona a escoger profesión u oficio contemplado en el artículo 26 de la Carta, debemos señalar que la posibilidad de escogencia laboral, que comprende no sólo el derecho de elegir libremente la actividad en la cual el individuo habrá de ocuparse, sino también el derecho de separarse de la misma sin ataduras ni limitaciones, se desconocería en el caso planteado, habida consideración de que el gerente no podría separarse del cargo y, acudir a otro libremente, pues las responsabilidades que pesan sobre el al seguir ostentando una calidad que ya no quiere, le impiden proceder en tal sentido.

De otra parte el artículo 25 de la Carta establece que el trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado y agrega que toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

La conducta de los socios de no acudir a las convocatorias efectuadas por el representante legal para aquellas reuniones en las cuales ha de debatirse el tema relacionado con la renuncia, lesiona el derecho al trabajo del gerente, toda vez que permanecer en el ejercicio de un cargo que no quiere, además de lesionar el derecho a la libre determinación, impide tal como atrás se señaló, que pueda acceder a otros cargos.

Al representante legal o al revisor fiscal le asiste el derecho no sólo de desatenderse de sus obligaciones derivadas de la cesación en sus funciones, sino que igualmente le asiste el derecho para que a partir de allí, las actuaciones de la compañía no lo vinculen, máxime cuando nadie está compelido al cumplimiento de obligaciones que tengan el carácter de perennes.

### 6.2 Sujetos contra los cuales se dirige la acción

Como quiera que la conducta que vulnera los derechos del representante legal, consistente en la desatención de las convocatorias debidamente efectuadas, es imputable a los socios, pues son ellos los únicos llamados a pronunciarse sobre el tema materia de la convocatoria (aceptación de la renuncia), son los integrantes del respectivo órgano los destinatarios de la acción de tutela que se impetre. Por ello, no es posible que las entidades de inspección, vigilancia y control o el juez de tutela, los sustituyan, pues ello necesariamente comportaría la alteración de las reglas que el sistema societario brinda.

**La acción de tutela contra particulares.**

En atención a que en principio la Carta consagra la acción de tutela contra autoridades públicas, no debe perderse de vista que la misma norma constitucional permite que la acción se dirija contra particulares, cuando sean los encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Al respecto, debemos señalar que en el caso al cual nos referimos el representante legal se encuentra en estado de subordinación, habida consideración que se encuentra sujeto a la decisión de los socios de dar vida al órgano social y aceptar la renuncia que presenta.

**La acción de tutela se encuentra dirigida fundamentalmente a que el juez imparta la orden a los socios para que se erijan en máximo órgano social y procedan a aceptar la renuncia presentada, pues tal como atrás se expresó el principio de la libre movilidad de los administradores no les permite negarse a su aceptación. Es claro que en el evento de no cumplir la orden, estarán expuestos a las sanciones que establece la ley por el desacato.**





### 7. La Superintendencia frente al caso planteado.

Sin perjuicio de los comentarios efectuados en el punto 5 referidos a la configuración de una causal de disolución y la intervención de esta entidad, debemos poner de presente otras consideraciones de carácter general sobre el particular.

De conformidad con el artículo 87 numeral 2o. de la Ley 222 de 1995, la Superintendencia puede en desarrollo de las facultades administrativas convocar al máximo órgano social cuando quiera que no se hayan reunido en las oportunidades previstas por la ley, a solicitud de uno o más asociados representantes de por lo menos el 10% del capital social o de sus administradores.

La atribución mencionada no resulta de por si suficiente para llegar a la finalidad perseguida, cual es la aceptación de la renuncia, pues los socios pueden abstenerse de comparecer, caso en el cual la entidad previa la solicitud de explicaciones impondrá las sanciones a que hubiere lugar, lo que no sucede tratándose de la decisión de un juez de tutela, pues las consecuencias establecidas por el Decreto 2591 en caso de desacato compelen a su cumplimiento. Esta situación (la no comparecencia de los socios) pone de presente tal como atrás se denunció la carencia de animus societatis y dará lugar a que la superintendencia dentro del ámbito propio de sus atribuciones decrete la disolución de la compañía, para lo cual nos remitimos a lo ya expuesto.

### 8. Revisor Fiscal

**En cuanto al revisor fiscal se debe señalar que los comentarios anteriores se hacen extensivos, máxime si se tiene en cuenta la importancia que tal institución cobra para el tráfico societario y las consecuentes responsabilidades derivadas de ella.**

**Finalmente, se debe agregar que el revisor fiscal está en todo su derecho de retirarse de la compañía, de procurar un mejor desarrollo profesional, razón por la cual no tendría sentido tampoco vincularlo a una sociedad, con los consecuentes**

**efectos que puede tener en materia de restricciones en particular respecto al número de las compañías que puede desempeñar el cargo.**

## 9. Comentario Final

En criterio de este Despacho ante una situación como la expuesta, el representante legal o el revisor fiscal, debe insistir en las convocatorias al máximo órgano social a fin de que se adopte la decisión respectiva, pues las soluciones que el Despacho ha expuesto sólo proceden cuando se trate de una conducta reiterada o si se quiere ostensible por parte de los socios, que evidencie la desatención grosera de sus deberes con la cual se perjudican el representante legal y no cuando los socios desatienden una sola convocatoria, pues en tal caso la lógica indica que el representante legal debe proceder a efectuar una nueva.

**El Despacho quiere advertir que las consideraciones que ha efectuado en este punto se encuentran orientadas en el adecuado desenvolvimiento de las normas societarias y que en modo alguno pueden comprometer la libre decisión de los jueces de tutela sobre el particular, los cuales gozan de total autonomía y en consecuencia pueden o no compartir el criterio que aquí se ha expuesto. (Oficio 220-40463 julio 21 de 1998)**

## UN SOCIO EN SU CALIDAD DE PRESIDENTE DE LA COMPAÑÍA PUEDE SIMULTÁNEAMENTE TENER LA CALIDAD DE TRABAJADOR.

La figura de la representación cobra gran importancia en las sociedades comerciales donde se constituye en órgano de expresión de la voluntad social que permite a la empresa actuar en la esfera jurídica y afectarla.

Desde luego, la actuación del representante legal, en su calidad de administrador, debe ajustarse en un todo a las estipulaciones





del contrato social, y en ausencia de tales estipulaciones, se entiende que puede ejecutar todos los actos y celebrar todos los contratos comprendidos en el objeto social o que se relacionen directamente con la actividad de la sociedad. Cualquier limitación a sus funciones debe así mismo constar en los estatutos sociales, so pena de ser inoponible a terceros.

En el caso de los socios colectivos, en las de responsabilidad limitada y los gestores de las comanditarias, es en ellos donde en primer lugar se radica la facultad de representación legal de la compañía, que sin embargo puede ser delegada en cabeza de un consocio o de un tercero.
En el caso de la sociedad anónima no existe disposición que prohiba que un accionista sea el representante legal, ausencia que integrada a su autorización legal en las demás clases societarias, llevan a afirmar que es posible y por demás plenamente comprensible que se designe a uno de los asociados para que sea depositario de la confianza necesaria para que administre a la sociedad.

De otra parte, con relación a la posibilidad de que exista contrato de trabajo entre la sociedad y un accionista de la empresa, quien además tiene la calidad de Presidente de la compañía, acudimos a la jurisprudencia para ubicarnos en primer término en la eventualidad de que un socio tenga con la empresa un vínculo laboral.

"La sociedad es un ente distinto de las personas físicas que hayan intervenido en su formación. La existencia de la una y de las otras son independientes y aunque el desarrollo de sus actividades se cumple de manera simultánea en el campo jurídico no pueden nunca llegar a confundirse. Por ello, es hipótesis posible que quien como socio fundador haya dado su consentimiento para que se forme el haber común o capital social y, de esta manera, tenga opción a cuota de las ganancias o pérdidas derivadas del buen éxito o del infortunio de las operaciones sociales, pueda simultáneamente prestarle servicios personales subordinados a la compañía bajo un vínculo laboral, cuando por el contrato de sociedad no se determina que todos los socios tengan la

administración o cuando no se haya obligado de manera expresa e inequívoca a contribuir con sus conocimientos, su industria o su esfuerzo personal como aporte al ente colectivo y en beneficio común, sea como complemento de su cuota de capital o como exclusivo aporte de industria, porque estas últimas eventualidades sí llegarían a descartar la existencia para ella de contrato de trabajo entre el socio y la compañía a que se halle vinculado" (C.S.J. Cas. Laboral, sentencia de noviembre 13 de 1975).

Ahora bien, en el entendido de que un socio puede tener vínculo laboral, y existiendo la posibilidad de que en el accionista se radique la representación legal de la compañía, nos ocuparemos en la eventual concurrencia de la representación legal y de vínculo laboral, donde además se confunden los extremos de empleador y trabajador.

La relación laboral no está determinada por la existencia de un contrato que conste por escrito, sino que se define por las circunstancias que se reúnen en el desempeño de una labor, en otras palabras, de acuerdo con la teoría del contrato de trabajo como contrato realidad, lo significativo en éste terreno no es lo pactado por las partes, tanto como la situación real en que se desenvuelve una relación personal, tal como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación de septiembre 2 de 1977,

"...En anteriores ocasiones esta Sala ha explicado que en materia laboral los datos formales que resultan de documentos contractuales o similares, aunque sean elaborados de buena fe o con todas las apariencias de la legalidad que sean del caso, no necesariamente son definitivos para establecer la existencia o inexistencia del vínculo contractual laboral, ya que deben preferirse los datos que ofrece la realidad de la relación jurídica analizada, si contradice lo que informan los aludidos documentos".

Si una persona cumple para otra persona (natural o jurídica), un trabajo donde reconozca autoridad que lo obligue a acatar las órdenes dadas, y actuar ineludiblemente conforme los lineamientos que le tracen; si se exige que la labor la ejecute por sí mismo y, si a cambio como retribución recibe una contraprestación económica,





estamos ante una relación laboral. Relación que obviamente define dos extremos, de una parte el trabajador, y de otra el empleador, y que se encuentra protegida y regulada por las normas del Código Sustantivo del Trabajo.

El ordenamiento laboral señala que los representantes del patrono pueden obligarlo frente a los trabajadores y los define como aquellos que ejercitan funciones de dirección o administración como los directores, gerentes, administradores, síndicos o liquidadores y quienes ejercitan actos de representación con la anuencia expresa o tácita del patrono.
**Surge entonces el interrogante de si el presidente de la empresa, con facultades para contratar y firmar en condición de empleador, puede generar una relación laborar consigo mismo. En otras palabras, si un administrador de una sociedad puede tener una relación laboral y actuar a nombre del patrono como representante legal de la persona jurídica, y romper, aparentemente, con la esencia que define una relación, dos extremos que no se confunden.**

Acude entonces en ayuda de esta disyuntiva lo que se conoce en la doctrina jurídica como los contratos consigo mismo o auto contrato, que se presenta recurrentemente en el caso de la representación.

"Se estructura el auto contrato cuando el representante, en ejercicio de sus funciones como tal, realiza un acto jurídico en nombre de su representado y, a la vez, en el suyo propio, bien sea formando con aquel una misma parte en dicho acto, o bien constituyéndose en su contraparte"[1].

En el caso que nos ocupa, el representante legal acude como órgano de expresión de la voluntad social para el normal funcionamiento de la sociedad por ejemplo cuando ordena el pago de salarios, suscribe convenciones colectivas, gira cheques, arrienda inmuebles, etc, y también se constituye en trabajador del patrono que representa.

[1] *OSPINA FERNANDEZ, GUILLERMO Y OTRO. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos Tercera edición, Temis 1987, pág. 358.*

Como representante legal de la sociedad anónima, su nombramiento debe constar en acta del órgano social encargado de su designación (junta directiva o asamblea general de accionistas) y para su oponibilidad estar inscrito en el registro mercantil. En cuanto a su relación laboral, puede transfigurarse por la ausencia de documento formal que así lo reconozca o incluso pese a existir un contrato que trate de desvirtuarla. Sin embargo, como quedó dicho, la relación laboral no depende de un documento, ni siquiera de una manifestación expresa del patrono para que se reconozca como trabajador, sino que en virtud de la condición de contrato realidad que envuelve el trabajo asalariado, si se presentan las condiciones establecidas en el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo, estamos en presencia de un vínculo laboral, que se presume regida por un contrato de trabajo (verbal o escrito), susceptible de admitir prueba que lo desvirtúe.

Sobre el particular, es conveniente citar el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación laboral del 10 de septiembre de 1986:

"Quién tiene la personería de un ente colectivo, como gestor representante legal o gerente, es un mandatario de la entidad, cuyos poderes y límites en el tiempo del encargo se rigen por lo previsto en los estatutos de dicho ente, o en forma supletoria, por la ley civil o comercial.

Pero, como acontece generalmente, que quien representa los intereses de una persona jurídica es también un subalterno suyo, porque no sólo está en la obligación de acatar y cumplir sus determinaciones, órdenes o instrucciones que le impartan la asamblea general de asociados, la junta directiva o la junta de socios y demás organismos de dirección suprema del ente moral de que se trate, tales labores subordinadas del personero colectivo quedan regidas por un contrato de trabajo distinto e independiente del de mandato, a que ya se aludió, e igualmente amparadas por lo prescrito en la ley laboral.

Existe pues, en la hipótesis que se analiza, una concurrencia de contratos donde, a pesar de su existencia y ejecución paralelas o





concomitantes en el tiempo, cada contrato conserva su propia naturaleza jurídica y su propia individualidad, sin que la suerte de uno de ellos afecte necesariamente la del otro, y sin que la expiración o el incumplimiento de uno o de ambos contratos tengan las mismas consecuencias ante la ley, por ser distintos los regímenes normativos aplicables a cada una de aquellas especies de contratación".

## CONCLUSIÓN

**El accionista que ostente la calidad de representante legal de la sociedad puede a su vez tener una relación laboral con la empresa si reúne en su actividad los requisitos establecidos en el artículo 23 de la legislación laboral: prestación personal del servicio; una continuada subordinación o dependencia y remuneración como contraprestación.**

**Lo que implica que quien quiera negar la calidad de trabajador del representante legal debe probar la ausencia de uno de los requisitos establecidos en dicha previsión a, contrario sensu para probar el carácter laboral en una relación cuando medie contrato civil o comercial o en ejercicio de una profesión liberal, el interesado debe probar la continuada subordinación o dependencia, conforme los parámetros establecidos en literal b) del artículo citado.** (Oficio 220-75990 diciembre 2 de 1998)

## SANCIONES APLICABLES A LOS AGENTES ESPECIALES DESIGNADOS PARA ADMINISTRAR LOS NEGOCIOS, BIENES Y HABERES DE UNA PERSONA NATURAL O JURÍDICA QUE DESARROLLA LA ACTIVIDAD DE VIVIENDA

Sanciones que se pueden imponer a un agente especial que no ha hecho entrega formal, al nuevo agente designado en su reemplazo, de los documentos e informes de las personas naturales o jurídicas intervenidas para administra, cuando ha ocasionado la paralización del proceso e impedido el cumplimiento de las funciones propias del nuevo encargo.

La toma de posesión de los negocios, bienes y haberes, es una facultad que tiene la entidad que ejerce vigilancia y control sobre las personas naturales o jurídicas que se encuentren incursas en alguna o algunas de las causales contempladas en el artículo 12 de la Ley 66 de 1968. Atribución que fue ejercida por la Superintendencia de Sociedades, pero que con la Ley 136 de 1994, expedida en desarrollo de la Constitución Política de 1991, fue trasladada a los entes territoriales.

Como es de conocimiento, en la toma de posesión de los negocios, bienes y haberes, la autoridad competente se encuentra facultada para designar un agente especial, para que en nombre de ella administre los bienes intervenidos, modalidad que pretende subsanar las causas que dieron origen a la medida adoptada, para posteriormente devolver los bienes al intervenido y hacer entrega de una empresa en marcha y en desarrollo de su objeto social; o para que, como liquidador, realice los bienes propiedad del intervenido para el pago rápido y gradual de las obligaciones a su cargo. Si bien es cierto que la persona designada para el efecto, responde en forma individual por las acciones y omisiones en el ejercicio del cargo, no es menos cierto que ello no exonera a la autoridad que la decreta de la responsabilidad que conlleva la decisión adoptada como de la debida aplicación de las normas y finalidad del proceso.

En cuanto a la normatividad que regula el proceso de toma de posesión, es conocido por quienes tienen el deber de aplicarla, que





existe suficiente regulación en materia de intervención para liquidar, la cual se encuentra contenida, entre otras disposiciones, en la Ley 66/68, Decreto 2610/79, Ley 45/23, Decreto 663/93 o Estatuto Financiero y Ley 510/99, modificatorio de éste último, en tanto que por ser escasa la regulación relacionada con la toma de posesión para administrar, se ha hecho necesario acudir a la aplicación de las normas por vía analógica, en la medida en que la naturaleza del asunto lo permite –art. 8 Ley 153 de 1887-.

Así las cosas, no existiendo norma expresa que regule las responsabilidades de los agentes especiales nombrados para administrar los negocios, bienes y haberes de una persona natural o jurídica que irregularmente desarrolla la actividad de vivienda, les son aplicables entonces las que al respecto señala la ley para los agentes liquidadores, es decir, responderán por los perjuicios que por dolo o culpa grave causen al intervenido o a los acreedores - numeral 10, art. 295 Estatuto Financiero. Adicionalmente como el cargo de agente especial se asimila al de los auxiliares de la justicia, el régimen sancionatorio aplicable será el previsto en el Código de Procedimiento Civil y Ley 446 de 1998, sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia, en virtud de lo dispuesto en el numeral 6, art. 295 ibídem.

De otra parte, si la ley orgánica territorial atribuye funciones sancionatorias para quienes no cumplen las ordenes impartidas por las autoridades seccionales, los agentes especiales podrían ser sujetos de éstas. Eventualmente también podrían ser objeto de la acción disciplinaria, regulada en el Código Único Disciplinario, si se tiene en cuenta que cumplen funciones públicas transitorias, evento para el cual procede consultar a la Procuraduría General de la Nación.

No obstante lo anterior, como quiera que la competencia en materia de vivienda radica actualmente y en forma privativa en los entes territoriales, es claro que corresponde a éstos, si a bien lo tienen, reglamentar las funciones y obligaciones de los agentes especiales designados para adelantar el proceso de toma de posesión de los negocios, bienes y haberes de las personas naturales o jurídicas intervenidas, en la modalidad de administración. (Oficio 220-90404 septiembre 29 de 1999)

# ASOCIADOS

## RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS SOCIOS GESTORES

1. **"Qué responsabilidad tienen los socios de una sociedad en comandita simple frente a las obligaciones contraidas por la sociedad?"**

2. **"Responden solidariamente por las deudas contraidas por la sociedad?"**

3. **"Es posible perseguir a título personal a los socios de la sociedad en comandita simple cuando ésta (la sociedad) no cumplió con sus obligaciones?"**

Para ocuparse del tema debe tenerse en cuenta que la sociedad en comandita simple se encuentra regulada en el Capítulo II, Título IV del Libro Segundo del Código de Comercio (artículos 337 al 342), cuyos vacíos en su regulación legal se surtirán de acuerdo con lo previsto en el artículo 341 de la misma obra, así: en lo que atañe a los socios gestores, con las normas de la sociedad colectiva; y en lo tocante a los socios comanditarios, con las disposiciones de la compañía de responsabilidad limitada.

Se entiende por sociedad en comandita en general según los términos del artículo 323 del Código de Comercio:

**Artículo 323:**

**"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 responabilidad a sus respectivos aportes. Los primeros se denominarán *socios gestores o colectivos* y los segundos *socios comanditarios*." (resaltado extratextual)**





De la transcripción de la norma en comento se puede conceptuar que la sociedad en comandita es una sociedad sui generis, en la cual concurren dos categorias de socios a saber:

**a) *Gestores o Colectivos:***

**Son los que tienen a su cargo la administración de los negocios sociales y la representación del ente social, y responden solidaria e ilimitadamente por las deudas sociales, tal y como se colige del artículo 323 en cita y del 294 (alusivo a las sociedades colectivas, cuya parte pertinente reza de la siguiente manera: "...responderán solidariamente e ilimitadamente por las operaciones sociales.- Esta responsabilidad solo podrá deducirse contra los socios cuando se demuestre, aún extrajudicialmente que la sociedad ha sido requerida vanamente para el pago".**

**b) *Comanditarios:***

**No tienen injerencia en la administración de los negocios sociales (salvo casos determinados en virtud de poder otorgado por los socios gestores), y responden únicamente hasta el monto de sus aportes, como se deduce del artículo 323 del Código de comercio ya citado, y del 353 de la misma obra (alusivo a la responsabilidad de los socios en las sociedades limitadas), cuya parte pertinente dispone " En las compañías de responsabilidad limitada los socios responderán hasta el monto de sus aportes. –En los estatutos podrá estipularse para todos o algunos de los socios una mayor responsabilidad...".**

**Dilucidada la responsabilidad que atañe a uno y otro socio, si el acreedor social pretende hacer respetar unos derechos frente al ente respectivo, es requisito sine qua non que se dirija a éste, y sólo en el caso de no obtener una respuesta satisfactoria a su requerimiento, podrá acudir a cualquiera de los socios gestores (responsabilidad subsidiaria), pues como ya lo hemos expresado, su responsabilidad es *ilimitada y solidaria;* la primera, por cuanto va más allá de su respectivo**

**aporte; y la segunda, porque cualquier acreedor social puede exigir de uno o más socios la totalidad de la deuda u obligación contraída con la sociedad.**

**Esto quiere decir también, que de ninguna manera podría un acreedor social recurrir a un socio comanditario en razón a que el tope de su responsabilidad es el monto de sus aportes, salvo que en algún caso en particular se haya establecido alguna excepción que lo involucre en una responsabilidad mayor, lo cual desde luego debe estar expresamente pactado en el contrato social.** (Oficio 220-64649 noviembre 28 de 1997).

## UN SOCIO PUEDE VOTAR SU PROPIA REELECCIÓN O DESTITUCIÓN COMO GERENTE O MIEMBRO DE LA JUNTA DIRECTIVA DE UNA SOCIEDAD COMERCIAL.

El derecho al voto ha sido definido como una declaración de voluntad mediante la cual el socio expresa su parecer en cuanto a la gestión realizada por los administradores y en las decisiones sociales que son adoptadas por el máximo órgano social. Dicho voto conlleva implícito los atributos de igualdad, universalidad y proporcionalidad.

La igualdad nos hace referencia a los mismos efectos que produce la manifestación de voluntad de cada uno de los asociados; la universalidad indica que todos y cada uno de los asociados participan en todos los eventos en donde se tenga que emitir el voto dentro del seno de la asamblea o junta de socios, y, la proporcionalidad, consiste en la ecuación entre la medida del derecho de voto de cada asociado y la participación de él en el capital social.

De acuerdo con el artículo 379 del Código de Comercio, cada acción conferirá a su propietario, entre otros derechos, el de participar en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas y votar en ella.
Ahora bien, dentro de los derechos de los accionistas, existen unos que son modificables por pacto expreso de las partes dentro de las





cláusulas del contrato social (igualdad teórica), entre los cuales cabe mencionar a título meramente ilustrativo la emisión de acciones privilegiadas, la renuncia al derecho de preferencia a favor de uno o varios accionistas o de terceros, etc.

Sin embargo, existe otra serie de derechos de carácter inderogable y los cuales no pueden, siquiera, ser alterados por acuerdo estatutario o por consentimiento de los asociados dentro de una reunión del máximo órgano social, como son, el del voto, el de impugnación de las decisiones del órgano rector, el de participar en las utilidades o el de inspeccionar los libros y documentos del ente moral.

En relación con el derecho al voto, la legislación colombiana lo reconoce como un derecho esencial y consagra de manera expresa aquellos casos en los cuales no es posible su ejercicio, hipótesis que no obedecen al capricho del legislador, sino a la confrontación de dos intereses de los cuales debe ceder el correspondiente al derecho al voto. Así se tiene que de conformidad con el artículo 185 del C. de C. el socio que tenga la condición de administrador o empleado no puede votar los balances de la compañía.

En este orden de ideas, no existe dentro de la legislación mercantil, norma alguna que le prohiba a un accionista votar su postulación para representante legal o integrante de una lista para conformar una junta directiva.

Es más, no se puede alegar que en dicho caso se perjudica a las minorías, por cuanto dicho criterio, sin ningún razonamiento jurídico, se tendría que aplicar también para el caso del nombramiento de una persona que no tenga la calidad de asociado, en donde indudablemente debe votar el accionista mayoritario, dándole una restricción al voto del accionista mayoritario que no previó la ley para este tipo de casos.

No obstante, en aras de hacer claridad respecto de los posibles eventos que se presentan, es bueno reconocer que existen unos derechos de los accionistas que siendo inderogables se pueden renunciar por parte de los accionistas, como son el derecho de elección y suscripción preferente. (Oficio 220-32429 junio 8 de 1998)

# CALCULO ACTUARIAL

## DIFERENCIA ENTRE EL PAGO DE MESADAS PENSIONALES Y LA OBLIGACIÓN DE AMORTIZAR EL PASIVO PENSIONAL

El decreto 2852 de 1994 y Circular 11 de 1996 emanada de este Despacho, establecen que todo ente económico que esté obligado a pagar pensiones de jubilación, deberá elaborar el estudio actuarial correspondiente a 31 de diciembre de cada año, el cual debe contabilizarse afectando los estados financieros con las amortizaciones pertinentes.

Por otra parte, el hecho de que ya se estén pagando mesadas pensionales, no es motivo suficiente para desconocer y desacartar las normas vigentes sobre la materia. Por el contrario, es razón de más para elaborar el cálculo actuarial, el cual representa el valor presente de los pagos futuros que debe hacer la sociedad, y así poder efectuar las provisiones pertinentes.

Con el objeto de dar mayor claridad, es bueno comentar que de ninguna manera debe confundirse la obligación de amortizar el pasivo pensional contemplada en normas vigentes como los artículos 112 del Estatuto Tributario y 77 del Decreto 2349 de 1993 (modificado por el Decreto 2852 de 1994 ya citado), con la de cancelar las mesadas pensionales.

En efecto, el Artículo 104 del Estatuto Tributario consagra: "Se entienden realizadas las deducciones legalmente aceptables, cuando se paguen efectivamente en dinero o en especie o cuando su exigibilidad termine por cualquier otro modo que equivalga legalmente a un pago", lo cual tiene aplicación para las sumas pagadas efectivamente para cubrir mesadas pensionales durante el año fiscal.

Por su parte el artículo 112 ibidem, estableció: "Deducción de la provisión para el pago de futuras pensiones. **Las sociedades que**





**están sometidas o se sometan durante todo el año o período gravable a la vigilancia del Estado**, por intermedio de la Superintedencia respectiva, pueden apropiar y deducir cuotas anuales para el pago de futuras pensiones de jubilación o invalidez, en cuanto no estuviesen amparadas por seguros o por el Instituto de Seguros Sociales."

Así las cosas, queda completamente demostrada la diferencia entre el pago de las mesadas pensionales, y la apropiación para incrementar la provisión para futuras pensiones de jubilación. (Oficio 105-16597 abril 17 de 1998)

## AMORTIZACIÓN DEL CÁLCULO ACTUARIAL POR PENSIONES DE JUBILACIÓN HASTA EL AÑO 2.015.

Durante los dos últimos años ,el tema en cuestión ha sido motivo de estudios juiciosos por parte de varias entidades gubernamentales, entre otras: las Superintendencias, la DIAN y el Consejo Permanente Para la Evaluación De Las Normas Sobre Contabilidad.

Ahora bien, sobre el planteamiento del "doble costo llevado al Estado de Ganancias" bien vale la pena precisar que aún cuando se deben cargar a los estados de resultados tanto las mesadas pagadas durante el ejercicio como el porcentaje para incrementar la provisión que deberá cubrir las futuras pensiones de jubilación, la Ley los considera conceptos diferentes.

En efecto, el Artículo 104 del Estatuto Tributario consagra: "Se entienden realizadas las deducciones legalmente aceptables, cuando se paguen efectivamente en dinero o en especie o cuando su exigibilidad termine por cualquier otro modo que equivalga legalmente a un pago", lo cual tiene aplicación para las sumas pagadas efectivamente para cubrir mesadas pensionales durante el año fiscal.

Por su parte el artículo 112 ibídem, que compiló el artículo 52 del Decreto 2053 de 1974, estableció: "Deducción de la provisión para el pago de futuras pensiones. Las sociedades que están sometidas o se sometan durante todo el año o período gravable a la vigilancia del Estado, por intermedio de la Superintedencia respectiva, pueden apropiar y deducir cuotas anuales para el pago de futuras pensiones de jubilación o invalidez, en cuanto no estuviesen amparadas por seguros o por el Instituto de Seguros Sociales."

Así las cosas, queda completamente demostrada la diferencia que existe entre el pago de las mesadas pensionales y la apropiación para incrementar la provisión para futuras pensiones de jubilación.

De otra parte, es bueno precisar que la apropiación en comento, establecida como cuota anual deducible según lo previsto en el artículo 113 del estatuto ya mencionado, bien puede considerarse como una forma de apoyar a las sociedades en su capitalización, ya que al no representar un desembolso efectivo de dinero, constituye una fuente de financiación interna con que cuentan las sociedades y en consecuencia, coadyuva a disminuir el costo financiero, al no tener que utilizar recursos externos, máxime si se tiene en cuenta que sobre dicha cifra, las sociedades están obteniendo beneficios tributarios. Tanto así que el Consejo de Estado en providencia proferida el 29 de enero de 1982 conceptuó "Las normas que consagran beneficios fiscales son de interpretación restrictiva pues se trata de reglas exceptivas al régimen general de los tributos. **La reserva para futuras pensiones de jubilación constituye uno de estos aspectos especiales de nuestra legislación fiscal** y, por lo tanto, debe aplicarse con la debida cautela para no permitir excesos que generan indebidas cargas al erario público no compensados con el beneficio social perseguido con el establecimiento de esta institución impositiva. Con ella se quizo que los empresarios pudieran realizar una serie importante de reservas financieras para atender las obligaciones derivadas de futuras pensiones de jubilación, por eso se estableció la deducción..." (resaltado es nuestro).





Igualmente, vale recordar que de acuerdo con el principio contable de causación, la amortización de esta prestación social, se debería aprovisionar durante el tiempo en que el trabajador laboró para adquirir este derecho, con el fin de que los ejercicios posteriores no asuman cargas que no le corresponden.

Tampoco debe perderse de vista que la Corte Constitucional en repetidas ocasiones, ha proferido sentencias en favor de los derechos mínimos vitales de los pensionados y al pago de las mesadas y ha insistido en la necesidad de que las entidades gubernamentales correspondientes, ejerzan un control severo sobre las sociedades que tienen obligación de pagar pensiones de jubilación, con el propósito de que constituyan las garantías necesarias para respaldar dichos pagos. (Oficio 105-4319 del febrero 9 de 1998)

## SE DEBE CALCULAR RESERVA DE SUPERVIVENCIA AL PERSONAL SOLTERO

Sin justificación alguna, no se le calculó reserva de supervivencia al personal soltero, cuando según concepto emitido por el Ministerio de Hacienda, que a la letra dice "... *se prevé que en el caso de fallecimiento de una persona soltera puede haber lugar a pensión de sobrevivientes, en la medida en que pueden recibirla los padres o los hermanos inválidos, así como los hijos en el caso de que los hubiese*". Por lo anterior, es lógico que al calcular la reserva se asigne el mismo tratamiento a las personas solteras que a las casadas por razones obvias de prudencia (puesto que en ambos casos, como se acaba de indicar, existen legalmente o pueden existir sobrevivientes). Además así lo establece la Ley 100 de 1993 en sus artículos 47 y 74 y la Circular Externa 07 de 1998 emanada de este Despacho, cuando indica que para: " ... efectos de calcular las reservas de supervivencia del personal con estado civil casado con edades de cónyuge desconocido, solteros y viudos, se asumirá una renta vitalicia pagadera a una persona de sexo contrario con diferencia de cinco (5) años de edad." (Oficio 105-67477 julio 15 de 1999)

## LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES NO TIENE COMPETENCIA PARA APROBAR CÁLCULOS ACTUARIALES DE ENTIDADES SOMETIDAS A LA VIGILANCIA DE OTRA SUPERINTENDENCIA

**1. Competencia de la Superintendencia de Sociedades.**

En cuanto a la inquietud relativa a sí esta Entidad tiene competencia para impartir su aprobación a los cálculos actuariales que le presenten las empresas prestadoras de servicios públicos, este Despacho considera que la competencia en tal materia corresponde única y exclusivamente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en atención a las consideraciones que adelante se exponen.

El numeral 6º del artículo 86 de la Ley 222 de 1995, establece:

"OTRAS FUNCIONES

Además la Superintendencia de Sociedades cumplirá las siguientes funciones:

(...)

6. Aprobar las reservas o cálculos actuariales en los casos en que haya lugar"

en concordancia con la disposición transcrita, el numeral 21 del artículo 2º. Del Decreto ley 1080 de 1996, establece:

"FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.

La Superintendencia de sociedades desarrollará las atribuciones administrativas y jurisdiccionales que le corresponden, mediante el ejercicio de las siguientes funciones:
(...)





21. Aprobar las reservas o cálculos actuariales en los casos en que hay lugar."

De conformidad con las disposiciones transcritas no admite discusión que esta Superintendencia tiene competencia para pronunciarse sobre las reservas o cálculos actuariales. Es de señalar que esta atribución no es absoluta, sino que esta deferida a la regulación existente sobre los cáculos actuariales.

En efecto, el artículo 22 del Decreto 1299 de 1994 establece:

**"Control Estatal. Las entidades estatales que ejerzan inspección, control y vigilancia, verificarán que las empresas que se encuentren dentro de los supuestos previstos en el presente decreto cumplan las obligaciones a que se refieren los artículos 19 y siguientes del mismo, e impondrá multas a que haya lugar en caso de incumplimiento.**

**La Superintendencia de Sociedades ejercerá dicha función respecto de todas las sociedades que emitan bonos pensionales, siempre y cuando no se encuentren sujetas a la inspección y vigilancia de otra entidad. Así mismo, las entidades estatales que ejerzan la inspección, control y vigilancia de la respectiva empresa podrá verificar que las mismas cuenten con los activos suficientes para el pago de las obligaciones derivadas de los bonos pensionales y de las cuotas partes correspondientes".**

Atendiendo al contenido de la disposición transcrita, se puede expresar que la competencia de la Superintendencia de sociedades en esta materia se restringe única y exclusivamente a las sociedades que emitan bonos pensionales, siempre y cuando tales compañías no se encuentren sujetas a la inspección y vigilancia de otra entidad. Es claro en consecuencia, que si por ejemplo se trata de una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios no se sujeta a la vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiliarios, es claro que esta entidad no puede entrar a efectuar ningún pronunciamiento en relación con los cálculos actuariales de las mencionadas empresas, pues se reitera dos son

los presupuestos para que esta superintendencia pueda ejercer tal atribución a saber: que se trate de sociedades que emitan bonos pensionales y que las sociedades solicitantes no se encuentren sujetas a la inspección o vigilancia de otra entidad.

2. Papel de la Superintendencia en la aprobación de los cálculos actuariales.

La misión de esta Superintendencia en lo que toca a los cálculos actuariales, es la de verificar el cumplimiento de las normas en materia de emisión, redención y demás condiciones de los bonos pensionales y que, de encontrarlo ajustado a las mismas, deberá emitir el oficio aprobatorio correspondiente para que el ente económico pueda acceder al descuento pertinente.

Lo anterior significa que este Organismo en el ejercicio de sus funciones puede cuestionar la aprobación de los cálculos presentados e incluso negar su aprobación, cuando los mismos no se ajustan a las técnicas matemáticas y contables aplicables. Dadas las especiales implicaciones que se derivan del ejercicio de esta función, podemos afirmar que el papel de esta Entidad es fundamentalmente inquisitivo, razón por la cual puede exigir que el estudio presentado por la compañía solicitante, se encuentre firmado por el actuario que lo preparó e igualmente por el representante legal, a fin de que cada uno asuma las responsabilidades a que hubiere lugar, firma con la cual se da fe de que el documento emana de ellos y tiene la condición de auténtico, lo cual significa que en el momento de hacer efectiva algún tipo de responsabilidad exista certeza respecto del sujeto del cual pueda exigirse. (Oficio 220-36568 julio 1 de 1997)





## EL MONTO DE LAS MESADAS PENSIONALES NO PUEDE SER INCREMENTADO CON LAS CIFRAS CORRESPONDIENTES A "SALUD" PORQUE SOBREESTIMA EL TOTAL DE LAS RESERVAS ACTUARIALES

Según concepto de la DIAN la pensión de jubilación deberá ser liquidada con base en el promedio salarial, entendido este como todos los factores que percibe el trabajador directa o indirectamente como retribución ordinaria o habitual de sus servicios y por lo tanto, no serán factores integrantes las sumas ocasionales por mera liberalidad que reciba el trabajador.

En materia fiscal, también asegura la DIAN que el cálculo actuarial deberá contemplar exclusivamente la totalidad de las pensiones actuales y eventuales que la respectiva sociedad reconoce a sus trabajadores en virtud de las disposiciones vigentes, sin que sea procedente adicionarle sobrecostos por conceptos diferentes, pues de hacerlo se estaría excediendo el alcance de la deducción específica denominada DEDUCCION DE LA PROVISIÓN PARA EL PAGO DE FUTURAS PENSIONES, con factores no contemplados en la ley.

De otra parte el Consejo de Estado en providencia proferida el 29 de enero de 1982 conceptuó **"Las normas que consagran beneficios fiscales son de interpretación restrictiva pues se trata de reglas exceptivas al régimen general de los tributos. La reserva para futuras pensiones de jubilación constituye uno de estos aspectos especiales de nuestra legislación fiscal y, por lo tanto debe aplicarse con la debida cautela para no permitir excesos que generan indebidas cargas al erario público no compensados con el beneficio social perseguido con el establecimiento de esta institución impositiva. Con ella se quiso que los empresarios pudieran realizar una serie importante de reservas financieras para atender las obligaciones derivadas de futuras pensiones de jubilación, por eso se estableció la deducción. Se quizo igualmente evitar que esta deducción se convirtiese en una vena rota de recursos del presupuesto y se procuró asegurar que la**

**reserva solicitada correspondiera a las reservas reales."**(el resaltado es nuestro).

"En síntesis, la base del cálculo actuarial para que sea aceptada la deducción no debe incluir sobrecostos por concepto de salud". (Oficio 105-47213 agosto 11 de 1998)





# CAPACIDAD DE LA SOCIEDAD

## REALIZACIÓN DE DONACIONES POR PARTE DE SOCIEDADES COMERCIALES

En los artículo 99 y 110-4° del Código de Comercio"[1](en adelante "C.Co.[1]) se establecen las reglas en virtud de las cuales en el derecho colombiano la capacidad jurídica y legal plena de las sociedades se circunscribe al desarrollo de las actividades principales que constituyan su objeto social, como quiera que es en función de ellas que los socios celebran el contrato del cual se deriva la persona jurídica que es distinta de éstos individualmente considerados[2].Esta Superintendencia, en el oficio AN-08891 del 23 de abril de 1987 se ha referido al sentido y alcance de las disposiciones citadas, poniendo de relieve, además, que en el artículo 196 del C. Co. se establece 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. (-)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 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.".***

*[1] "ART. 99 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".*
*Art. 110-4°.- "r. El objeto social, esto es, la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales. Será ineficaz la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquél.*
*[2] Art. 98.- Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social. (-) La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.*

Es así como en el régimen legal vigente, los representantes de la sociedad-persona jurídica pueden celebrar o ejecutar todos los actos o contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y funcionamiento de ella, dejando a salvo las limitaciones que se establezcan al respecto en los estatutos sociales, en los cuales, y de conformidad con lo dispuesto en el numeral sexto del artículo 110 del C. Co., se ha de expresar, entre otras cosas, " ***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 y las juntas de socios, conforme a la regulación legal de cada tipo de sociedad.".***

En torno al tema enunciado, es necesario entonces precisar si las sociedades pueden donar y, en caso afirmativo, si las donaciones tienen que relacionarse o no directamente con el objeto social o con la existencia y funcionamiento de la sociedad; pero antes de proceder a dicho examen, hay que referirse a las cuestiones de carácter constitucional.

Con base en la solidaridad consagrada en el artículo 1º de la Constitución Política (en adelante "C.P."), en los deberes sociales de los particulares previstos en su artículo 2º, así como en las obligaciones que implica la función social de la propiedad y de la empresa, en los términos de los artículos 58 y 333 de la misma, se concluye que "*las sociedades tienen capacidad para hacer donaciones siempre y cuando que éstas se enmarquen dentro del deber de solidaridad que a ellas ha impuesto la Constitución*" ; y afirma que también podría sostenerse que "*las donaciones solidarias, además de ser un deber constitucional de las sociedades comerciales, constituyen lo que podríamos llamar un costo social de las mismas que puede y debe ser sufragado con los recursos ordinarios que se generen en desarrollo de su empresa o actividad. Este costo, como todos los costos de las empresas, afectan el estado de pérdidas y ganancias del ejercicio dentro del cual se cause y debe reflejarse al cierre del balance como un gasto deducible de los ingresos brutos de la sociedad antes de conformar las utilidades o pérdidas que arroje dicho ejercicio, esto, claro está, sin perjuicio de las condiciones*





*estipuladas en el estatuto tributario, que en algunos casos permiten un descuento fiscal."*

Sin desconocer las interesantes proyecciones de la argumentación que acaba de sintetizarse, esta Superintendencia estima que las donaciones "solidarias" a las que se alude no corresponden a deberes impuestos por la Constitución a las sociedades comerciales, ni encuentra situación jurídica alguna que sea asimilable a las obligaciones naturales previstas en el Código Civil (en adelante, "C.C.") vigente.

a. El deber de solidaridad, así como la dignidad humana, son valores predicables de las personas naturales, que son las que "integran" a Colombia, en los términos del artículo 1? de la Carta; no obstante lo anterior, y así como la Corte Constitucional ha considerado que las personas jurídicas son titulares de algunos derechos fundamentales, no puede descartarse que, en ese orden de ideas, se sostenga que tales entes son equiparables a las personas naturales en todas aquellas cuestiones de rango constitucional en los cuales la asimilación tenga sentido, y se concluya que una de tales cuestiones sea la sujeción al deber de solidaridad, argumentación que podría usarse para fundamentar, por ejemplo, las obligaciones legales tributarias, las cuales recaen en cabeza de personas naturales y jurídicas (C.P. art. 95).

b. Pero, aun si se aceptara esa tesis, con base en ella no podría sustentarse la supuesta exigibilidad de una donación solidaria a título de deber u obligación constitucional, y menos ante la inexistencia de una obligación legal. Si del deber genérico de la solidaridad se pretende derivar el deber u obligación específico de donar, sería necesario demostrar, no que las personas jurídicas puedan o no donar, que es el asunto pertinente aquí, sino si la donación "solidaria" se deriva del deber "solidario", esto es, si un acto voluntario como lo es el contrato de donación, puede entenderse como derivación obligatoria de un deber constitucional.

Puesto que lo voluntario se opone a lo obligatorio, el planteamiento del problema podría entonces circunscribirse al plano legal, para establecer si la celebración de un contrato de donación, acto en todo caso totalmente voluntario y libre, está al alcance de todas las sociedades comerciales, análisis que sólo se plantea aquí respecto de aquéllas que no están sujetas legalmente a un régimen especial por razón de su objeto; y, en caso tal, para determinar si un acto de esa naturaleza puede ser celebrado por los administradores sin contar con autorización o aprobación de la asamblea general de accionistas.

a. De la significación y trascendencia social de la empresa, expresamente consagrada en la Constitución, sólo pueden deducirse actos obligatorios a cargo del empresario en la medida en que la ley los imponga; y dicha relevancia social es, a su vez, la que constituye el fundamento constitucional de la limitación legal de la capacidad de las sociedades mercantiles, mecanismo mediante el cual en el derecho vigente se busca asegurar que la personalidad jurídica de la sociedad opere en función de la actividad que pretenden desarrollar los socios al celebrar el contrato por el cual se han obligado a aportar y tienen derecho al reparto de las utilidades que lleguen a obtenerse a través de su ejecución[3].

b. *Incluída* dentro de la capacidad de las sociedades comerciales hay que entender la posibilidad de obtener ventajas tributarias lícitas al alcance de todos los contribuyentes, pues es clara su relación directa con el cumplimiento de las obligaciones tributarias derivadas de la actividad social; y eso es lo que ocurre, precisamente, en materia de donaciones, como consecuencia de las disposiciones legales dirigidas a los

*[3] En la doctrina nacional se ha destacado que "La limitación de la capacidad de la sociedad por su objeto resulta tan ventajosa que los socios como para terceros: para los primeros, porque con ella y como consecuencia directa, se limitan las facultades de los administradores de los bienes y negocios sociales y se asegura la destinación concreta de sus aportes al desarrollo de la empresa social; y para los terceros, toda vez que por la misma razón se protege mejor la prenda común de sus créditos, al asegurar a los bienes sociales la afectación a la empresa social que les da esa destinación concreta de los aportes. Pinzón, Gabino, Sociedades Comerciales Vol. I 5ta. Ed. Temis Bogotá, pág. 43. Para una crítica al sistema, y una explicación, del previsto para las empresas unipersonales, veáse Reyes Villamizar, Francisco, Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos. Cámara de Comercio de Bogotá, pág. 335-338.*





contribuyentes sin ninguna distinción, y que estimulan fiscalmente las donaciones en ciertos eventos determinados por la ley, tal y como sucede, precisamente, en el caso de la calamidad pública causada por el terremoto del 25 de enero de 1999, tragedia que se menciona en la consulta al referirse al plausible deseo de numerosas empresas de expresar su solidaridad a través de donaciones y de la continuidad en el apoyo de obras sociales que tradicionalmente "reciben un aporte anual con cargo a las utilidades"

Para el caso en cuestión, el Presidente de la República ha proferido un decreto con la fuerza material de Ley y la permanencia propias de las facultades que ejerce en el Estado de Emergencia previsto en el artículo 215 de la C.P., considerando, entre otras cosas " *Que para estimular la canalización de recursos privados a la reconstrucción de la zona afectada es necesario establecer beneficios tributarios en materia de donaciones",* consagrando descuentos y requisitos para las donaciones que efectúe cualquier contribuyente a las entidades señaladas en el artículo segundo de la norma citada, destinadas exclusivamente a *"la recuperación de la actividad productiva, al fortalecimiento institucional y financiero, a la atención de las necesidades básicas de las personas afectadas y a lograr la reconstrucción, desarrollo y rehabilitación de los municipios mencionados en los Decretos 195 y 223 de 1999".*

c. Los referidos beneficios fiscales, al ser establecidos al alcance de todos los contribuyentes sin excepción alguna, implican una extensión, por llamarlo así, de la capacidad de las personas jurídicas para cobijar en ella los actos que sirven de medio para obtener dichas ventajas; de manera que para ello las sociedades comerciales no requieren de complemento alguno en el objeto social, y los administradores, con ocasión del funcionamiento de la sociedad, pueden donar actuando en su representación y en los términos previstos en las leyes al consagrar ventajas tributarias al alcance de todos los contribuyentes; y ello sin necesidad de autorizaciones previas distintas de aquéllas que puedan estar previstas en los respectivos estatutos sociales,

previsión contractual que perfectamente los socios pueden estipular o no. Como es apenas lógico, la posibilidad de obtener la ventaja tributaria en cuestión no exime a los administradores de actuar diligentemente al definir el objeto material y la cuantía misma de la donación, pues si con ella causan perjuicios están legalmente obligados a indemnizarlos.

En el literal c del artículo 446 del Código de Comercio se ordena que la junta directiva y el representante legal presenten a la asamblea o junta de socios, junto con los estados financieros de fin de ejercicio, un informe acerca de *"las transferencias de dinero y demás bienes, a título gratuito o a cualquier otro que pueda asimilarse a éste, efectuadas a favor de personas naturales o jurídicas"*. En la disposición transcrita se da por sentado que dicho informe se refiere a situaciones ya cumplidas, y que por su naturaleza gratuita requieren un examen por parte de los socios dada la naturaleza exclusivamente patrimonial de las sociedad que han constituido, llevados por una finalidad de lucro, a saber, la obtención de utilidades repartibles entre ellos, y para lo cual han diseñado un marco estatutario al cual se circunscriben legalmente la capacidad de la compañía y las facultades de los administradores. Es claro que entre tales actos gratuitos perfectamente pueden encontrarse donaciones con ventaja tributaria, y en tal caso, más que un análisis de la capacidad para celebrarlas, lo que corresponde es examinar la conveniencia de la operación, en especial en atención al bien o bienes donados y a su importancia para el desarrollo del objeto social, así como respecto del beneficiario o beneficiarios, circunstancias que los administradores deben apreciar con estricta sujeción a los deberes de buena fe, diligencia y de lealtad que les impone la ley 222 de 1995.

El carácter oneroso del contrato de sociedad, acorde con su finalidad lucrativa, no se opone necesariamente a la realización de actos gratuitos por cuenta y en nombre de la persona jurídica que surge de su constitución legal, como lo confirma la previsión expresa del numeral 5 del artículo 417 del C. Co., según el cual una de las medidas admisibles con las acciones readquiridas consiste en "destinarlas a fines de beneficencia, recompensa o premios





especiales". Si se recuerda que las acciones propias se "readquieren" con utilidades líquidas (C.Co. art. 396), es obvio que también pueden destinarse tales utilidades a fines de beneficencia en forma directa, y para ello basta la decisión de la mayoría de los votos presentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 222 de 1995.

a. Se tiene entonces que también puede darse la hipótesis, prevista en la consulta, consistente en que sea la propia asamblea general de accionistas la que, con cargo a utilidades líquidas repartibles, decida efectuar donaciones una vez enjugadas las pérdidas que lo requirieran, hechas las apropiaciones forzosas correspondientes a las reservas legales y estatutarias, y descontado el importe correspondiente al impuesto sobre la renta . Por tratarse de un acto imputable a la sociedad, es decir, a los socios colectivamente considerados, es necesario distinguirlo de la disposición individual para fines de beneficencia del dinero o de las acciones materia de un dividendo ya decretado.

   En tales términos, la asamblea puede disponer la realización de donaciones. Pero debe notarse que salvo el caso de la decisión unánime al respecto por parte de la totalidad de las acciones correspondientes al capital suscrito, dicha determinación no excluye, ni mucho menos, la posibilidad del ejercicio oportuno de una acción de impugnación por parte de los socios disidentes y ausentes, por los revisores fiscales y hasta por los propios administradores, si encuentran que un acto gratuito de esta índole excede los límites del contrato social y, en esa medida, no se ajusta a las prescripciones legales y estatutarias ( C.Co. arts. 190 y 191).

b. La relación directa entre una reserva de esta índole y el desarrollo del objeto social constituye una cuestión de hecho, precisable en cada caso concreto y que no se circunscribe a las ventajas tributarias derivadas de su realización. En efecto, para el "desarrollo" de la empresa o actividad que constituye el objeto social, en el cual se entienden legalmente incluídos los directamente relacionados con él o que tengan por fin ejercer

derechos o cumplir obligaciones derivados de la existencia y actividad de la sociedad, no son indiferentes muchas circunstancias que en cada caso expliquen y justifiquen la realización de actos gratuitos. A ello hay que agregar el hecho evidente de que las compañías, en especial aunque no exclusivamente las de forma anónima, tienen una visibilidad social y una importancia que explican su participación en programas y actividades comunitarias que no se relacionan directamente con las actividades principales previstas en sus respectivos objetos (programas sociales, educativos, artísticos, de investigación, etc.), de manera que a un genuino y desinteresado propósito altruísta o solidario, se le puede añadir la bondad pragmática derivada de la preocupación de sus controlantes por ser percibidos por la comunidad en forma favorable.[4]

c. Establecer en cada caso si la generosidad o el cálculo constituyen o no el motivo único o determinante resulta inoficioso, pues basta con verificar si el acto gratuito se relaciona directamente con el desarrollo de la empresa que constituye el objeto de la sociedad, pues de ella se deriva su conformidad con él, en el entendido, claro, de que se trata de actos lícitos en lo que se refiere a su objeto u causa y su conformidad con las reglas sobre competencia comercial. En este orden de ideas, no puede descartarse que existan actos gratuitos, entre ellos donaciones, respecto de las cuales quepa establecer una relación directa de tal índole, por ejemplo, cuando se efectúan donaciones a los damnificados por una tragedia que afecta a los trabajadores de la sociedad o a la zona en que su actividad se adelanta de manera distinguible, como ocurre en las regiones en las que se adquieren insumos o se emplea intensivamente mano de obra; pero por fuera de tales supuestos, puede darse el caso de que los socios constituyan una reserva como la descrita con fines de beneficencia y sin que ésta pueda relacionarse directamente con el objeto social o con el desarrollo del mismo. Más aún, si en la práctica colombiana ocurre que , en atención a los términos genéricos

*[4] Véase entre otros Parkinson, J.E. Corporate Power And Responsibility. Clarendon Press, Oxford,. 1993, págs. 290-303*





del artículo 16 de la ley 130 de 1994, Estatuto Básico de los Partidos y Movimientos Políticos, se ha venido aceptando – sin mayor examen legal del asunto- que una sociedad pueda realizar donaciones a favor de una campaña electoral, con autorización expresa de la mitad más uno de los miembros de su junta directiva o de la asamblea general de accionistas o junta de socios, según el caso, sería paradójico e inconsistente que se le negara la capacidad para efectuarlas a favor de instituciones o actividades sin ánimo de lucro y finalidades apolíticas, o directamente a seres humanos considerados como tales, abstracción hecha de cualquier filiación o finalidad política.

**En los anteriores términos, se precisa el concepto 220-58274 del pasado 23 de septiembre de 1998, pues cabe la posibilidad de que con cargo a las utilidades líquidas, los socios, quienes tienen derecho al reparto de éstas entre sí, opten por destinarlas, total o parcialmente, a la constitución de una reserva ocasional para donaciones, cuya destinación puede ser cambiada o que puede ser distribuída de conformidad con el artículo 453 del C.Co.. La celebración de donaciones por parte de una sociedad, en consecuencia, no puede descartarse a priori, y su viabilidad debe examinarse caso a caso y con un criterio restrictivo, como corresponde al carácter oneroso del contrato social.**

**Dicho criterio restrictivo impondría, en opinión de este Despacho, distinguir las donaciones decididas por la asamblea y las que sean decisión de los administradores. En este último caso, es necesario partir de la base de que los administradores, en cumplimiento de los deberes previstos en la Ley 222 de 1995, deben actuar "...en interés de la sociedad, teniendo en cuenta el interés de los accionistas", y circunscrito al marco señalado para el objeto en el respectivo contrato social; de manera que los administradores sólo podrían decidir la realización de donaciones que se relacionaran directamente con el objeto, con cuyo cumplimiento se consulta el interés de la sociedad cuya administración leal y diligente les ha sido confiada de**

**conformidad con el marco legal y estatutario que circunscribe la capacidad de ésta al desarrollo del mismo. Por fuera de dicho supuesto, la realización de actos gratuitos supone su decisión previa por parte de la asamblea general de accionistas o junta de socios, y una vez hechas las apropiaciones forzosas que ordena la ley, las cuales incluyen la apropiación de la reserva legal y el enjugamiento previo de pérdidas, previsiones que se ordenan imperativamente en atención a los acreedores sociales, cuyos intereses deben ser protegidos en la forma y medida prevista en la ley antes de renunciar lícita y plausiblemente al reparto y percepción de un dividendo para preferir la destinación parcial o total de utilidades repartibles a las causas de beneficencia objeto de la reserva ocasional en cuestión. (Oficio 100-23468 de marzo 23 de 1999 Publicado Boletín Jurídico 2 de 1999).**

## CAPACIDAD SOCIAL Y FACULTADES DE LOS ADMINISTRADORES

Teniendo en cuenta que la dación en pago no está prevista dentro del objeto social de la compañía, puede el representante legal comprar para ella los derechos hereditarios de un socio fallecido, dando en pago para el efecto un bien mueble de la misma?

A propósito del hecho que motiva la inquietud planteada, en cuanto a que el acto a realizar no se halla consagrado dentro de la cláusula contentiva del objeto social, debe precisarse que son dos principalmente los aspectos a tener en cuenta para determinar la viabilidad de las actuaciones que el representante legal acometa en nombre de la sociedad, cuales son de una parte la capacidad de la misma y de otra, las facultades de los administradores.

En cuanto a la primera se tiene que de acuerdo con el artículo 99 del Código de Comercio, la capacidad de la sociedad se circunscribe al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto, dentro del cual se entiende incluidos todos los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, que legal





o convencionalmente se deriven de la existencia y actividad de la sociedad.

De ahí que la citada disposición, señala los limites de la capacidad de las sociedades mercantiles admitiendo dentro de ella la realización de tres clase 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, y

c. Los que tienen como finalidad ejercer los derechos y cumplir las obligaciones legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la compañía.

Para una mejor comprensión de los alcances que tienen las diferentes clases de actos enunciados, resulta oportuno traer a colación algunos apartes del concepto emitido por esta entidad, mediante Resolución 320-2279 del 22 de septiembre de 1995, en el que a su vez se incluyen algunas citas del ensayo titulado "LAS DESVIACIONES DEL OBJETO SOCIAL EN LA EMPRESA COLOMBIANA" elaborado por los doctores Rafael Bernal G. y Adriana Polanía.

"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.

...

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.

Esas 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 comentarios anteriores son suficientes para colegir que la sociedad no está limitada a realizar exclusivamente las actividades descritas en su objeto social, sino que puede además desarrollar otras accesorias, siempre y cuando que exista una relación directa de medio a fin con aquellas que constituyen el mismo.**

Ahora bien, en cuanto concierne con las facultades de los administradores establece el artículo 196 del Código citado, que la representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, según el régimen de cada tipo de sociedad, agregando que, a falta de estipulaciones se entenderá que las personas que representen a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social, así como los que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad, con lo cual se reitera la regla antes aludida.

En este orden de ideas, se observa que en el caso descrito la representación legal y administración inmediata de la sociedad en cuestión, están a cargo de dos gerentes investidos de amplias facultades que les permiten entre otros, enajenar o adquirir toda clase de bienes muebles o inmuebles, alterar la forma de estos y darlos en prenda o hipoteca, sin ninguna limitación, de donde se debe deducir que quienes ostenten la representación legal gozan de entera discrecionalidad para desarrollar las actividades principales que integran el objeto y las accesorias que procuren su cumplimiento, razón por la cual es esta última circunstancia la que determinará la viabilidad de la operación proyectada. - (Oficio 220-394 enero 8 de 1998).





# CAPITAL

## LA REDUCCIÓN DEL CAPITAL CON EFECTIVO REEMBOLSO PROVENIENTE TOTAL O PARCIALMENTE DE LA CAPITALIZACIÓN DE LA REVALORIZACIÓN DEL PATRIMONIO NO ES JURÍDICAMENTE VIABLE

Se expone la opinión legal de esta Superintendencia en relación con la disminución del capital con efectivo reembolso, previa la capitalización de la cuenta de revalorización del patrimonio:

1. Ante una solicitud presentada a la Intendencia Regional de Medellín, en el sentido de autorizar la disminución del capital de una sociedad por medio del reembolso en efectivo de la misma suma correspondiente a la capitalización de la revalorización del patrimonio, esta Superintendencia a través del oficio 220-36566 del 1 de julio de 1997 negó la mencionada autorización basada en síntesis, en las siguientes consideraciones:

   1.1 Partiendo del concepto que trae el artículo 90 del Decreto 2649 de 1.993 según el cual: *"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»*, se observa que la ley, con respecto a esta partida *"sólo permite dos opciones: una, distribuirla como utilidad al momento de la liquidación del ente económico, y, otra, capitalizar su valor, esto es, distribuirla en acciones o cuotas de interés social; cualquiera otra destinación que se pretenda, viola el mandamiento legal consagrado en la norma en comento. Esto es que, o se capitaliza, para lo cual se hace un traslado de cuentas disminuyendo o cancelando la partida relativa a la revalorización del patrimonio e incrementando la del capital, ó, sencillamente*

*se deja intacta dicha partida (revalorización del patrimonio) y se reserva para distribuirla entre los asociados al momento de la liquidación de la empresa; pero definitivamente lo que no se puede hacer es repartir ese valor inflacionario, por cuanto debilita el patrimonio de la empresa atentando contra el derecho de los acreedores".*

1.2 *"...en esta materia así como en otras del derecho societario, el legislador limita la autonomía privada de los asociados y de la sociedad, quienes no tienen opción distinta a acoger las reglas impuestas por él, lo cual no significa cosa distinta a que los destinatarios de las normas no pueden con interpretaciones acomodaticias de los textos legales, desconocer el fin previsto por el legislador.*
*En atención a la redacción de la disposición así como en su contenido, es claro para el Despacho que la misma tiene carácter imperativo y en consecuencia, las partes no pueden efectuar convenios que la desacaten, ni tampoco buscar subterfugios a fin de desconocer su texto, pues ello es abiertamente contrario al mandato contenido en el artículo 16 del Código Civil el cual establece: "No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres ".*

1.3 Por otra parte, el concepto examina en detalle el principio del fraude a la ley, y expresa, a título de conclusión, lo siguiente: "*Acceder a la petición consistente en la disminución del capital mediante el reintegro efectivo del monto de la revalorización del patrimonio, con el conocimiento que el reembolso y la disminución tiene su origen en la capitalización de la cuenta de revalorización, es ponerle el sello de legalidad a una conducta que provoca la defraudación de la ley, pues el egreso de los activos pretendidos necesariamente debilita al ente económico en provecho de sus asociados, poniendo en grave peligro la prenda general de los acreedores.*

*En otras palabras, puede acontecer que en algunos casos los asociados para desconocer la regla del artículo 90 del*





*Decreto ya citado, según la cual el saldo proveniente de la cuenta de revalorización de patrimonio sólo puede ser distribuido al final como utilidad cuando el ente se liquide, deciden capitalizar dicha cuenta para con posterioridad proceder a su disminución con efectivo reembolso, obteniendo dicho valor antes que los acreedores del ente, caso en el cual la superintendencia debe negar la autorización de la disminución de capital que así se le presente (...)*

*Lo expresado no cuestiona la capitalización de la mencionada cuenta como tal, pues ... tal conducta corresponde a una de las opciones que brinda la ley con relación a la mencionada cuenta; ...el reproche corresponde a la destinación que se persigue con la capitalización. Ello no implica inexorablemente que las compañías luego de la capitalización de la cuenta de revalorización de patrimonio no puedan disminuir el capital con efectivo reembolso de aportes o que la Superintendencia deba negar la aprobación en tales casos. Es claro que la superintendencia no puede impartir autorización en aquellos casos en que la disminución de capital con efectivo reembolso proviene total o parcialmente de la capitalización de la cuenta de revalorización; cuando no se de tal circunstancia, la entidad puede impartir la autorización siempre y cuando se cumplan los demás requisitos legales previstos por la ley para el efecto"*

2. Algunas compañías y en especial aquellas a las cuales la entidad había negado la autorización de la disminución de capital con efectivo reembolso, solicitaron por vía de derechos de petición o impugnando los respectivos actos administrativos, la reconsideración de la negativa a la disminución de capital enmarcada dentro de los supuestos referidos, con sustento en los siguientes argumentos:

   2.1 Que el artículo 90 del Decreto 2649 permite la capitalización de la cuenta de revalorización de patrimonio, sin limitar en forma alguna la destinación que

se le debe dar al porcentaje de capital compuesto por la revalorización, lo cual significa que una vez capitalizada la cuenta sigue la suerte del capital para todos los efectos.

2.2 Que las normas contables y tributarias le dan el mismo tratamiento a las cuentas de prima en colocación y a la de revalorización del patrimonio, en atención a que dichas cuentas efectivamente aumentan el patrimonio de la sociedad y por lo tanto, pueden ser capitalizadas.

2.3 Que las normas no establecen una limitación para que una vez capitalizada la cuenta de revalorización los accionistas no puedan recibir dividendos sobre esa porción de capital.

2.4 Que el tratamiento fiscal reitera la posibilidad de capitalización y la asimila a la cuenta de prima en colocación de acciones, con lo cual deja constancia expresa de que dicha cuenta debe tener un tratamiento igual a cualquier otra cuenta del patrimonio susceptible de ser capitalizada.

2.5 Que si la sociedad cumple los requisitos del artículo 145 del estatuto mercantil y no se perjudican los derechos de terceros, la Superintendencia debe proceder a autorizar la operación.

3. La Superintendencia de Sociedades al evaluar los argumentos invocados por quienes solicitaron la reconsideración del criterio primeramente citado, mediante el oficio 220-13021 del 30 de marzo de 1998 llegó a la conclusión, apartándose de la opinión primeramente expresada, que al amparo de las disposiciones legales pertinentes era viable la disminución de capital con efectivo reembolso proveniente total o parcialmente del capital originado en la capitalización de la cuenta de revalorización de patrimonio, siempre y cuando las circunstancias del ente se lo permitieran. Esta conclusión tuvo asidero,





principalmente, en las siguientes consideraciones:

*3.1 " Conforme con el Estatuto tributario, para efectos comerciales, el patrimonio inicial de cada año debe ser objeto de ajuste con base en el PAAG, registrando el mismo como un valor del patrimonio en la cuenta de revalorización del patrimonio. Esta partida 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 E.T., en cuyo caso se distribuirá como ingreso no gravado con el impuesto de renta y complementarios.*

*Por su parte, la revalorización del patrimonio en los términos del artículo 90 del Decreto 2649 de 1.993, refleja el efecto o impacto que sobre el patrimonio origina la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, la cual arroja un saldo, que cuando es positivo, sólo puede distribuirse como utilidad cuando el ente empresarial se liquida, o se capitalice su valor, de conformidad con las normas legales, de donde es claro que no es posible una destinación diferente como sería su distribución a los socios como una utilidad en plena vigencia de la compañía"*

3.2 Se destaca el origen reciente de la figura, manifestando que *" si bien es eminentemente contable y tiene especial incidencia desde el punto de visto tributario, también produce significativos efectos en algunos de los aspectos de origen jurídico relacionados con la sociedad, los que se hallan regulados por las disposiciones contenidas en el estatuto mercantil sin consideración a fenómenos económicos que a la postre han adquirido particular relevancia, como es el caso del efecto inflacionario sobre la situación económica y financiera del ente económico, y que han sido consagrados en normas posteriores. Por ello, el análisis e interpretación de las normas del estatuto mercantil debe necesariamente consultar esos nuevos*

*conceptos, dada la entidad jurídica y contable que ostentan las disposiciones que regulan tópicos de naturaleza tal como la revalorización del patrimonio"*

3.3 *"la capitalización de la referida cuenta comporta una distribución anticipada, en el sentido que en el mayor valor proveniente de la revalorización de patrimonio es recibido por todos y cada uno de los asociados antes de la liquidación del patrimonio social, en proporción a sus aportes; distribución que no se hace en dinero u otro bien de valor equivalente, sino en acciones, cuotas o partes de interés de la compañía."*

3.4 Esta capitalización implica *"una alteración de las reglas tradicionales concebidas por el estatuto mercantil en relación con los conceptos de capital y aporte, pues, si se examinan las distintas disposiciones contenidas en el Código de Comercio se llega a la conclusión que el concepto de capital necesariamente se ha entendido ligado al de aporte, entendido éste como el desprendimiento patrimonial del socio en favor de la sociedad de un bien o servicio de significación económica. Es así como el capital se asimila al valor de los aportes efectuados por los socios al constituir la sociedad, más los aumentos que posteriormente se realicen, bien sea con ocasión de nuevos aportes o con los bienes adquiridos por la sociedad en virtud de sus operaciones sociales.*

*Reafirma lo dicho, la definición contenida en el artículo 83 del Decreto 2649 de 1.993, según el cual el capital representa los aportes efectuados al ente económico, en dinero, en industria o en especie, con el ánimo de proveer recursos para la actividad empresarial, que además sirvan de garantía para los acreedores.*

*La capitalización de la cuenta de revalorización de patrimonio, si bien parte del supuesto del reconocimiento de una nueva realidad económica, no implica como sucede*





*tradicionalmente con las otras opciones de capitalización posibles, el ingreso al ente social de un nuevo aporte realizado con recursos provenientes del socio o la eliminación de un pasivo a cargo de la sociedad y en favor de los socios o de terceros (en tratándose de sociedades por acciones: suscripción de acciones, capitalización de utilidades y capitalización de acreencias), pues con la capitalización de la cuenta de revalorización del patrimonio a diferencia de las aludidas alternativas, el mayor valor se da como consecuencia del simple efecto de la inflación sobre el patrimonio del ente. Lo anterior supone la inclusión de una nueva forma de incremento del capital, distinta en su esencia y naturaleza a las ya citadas, pero que en todo caso implica también el reconocimiento de un mayor valor económico, así no corresponda de manera directa a una erogación por parte de los socios.*

*Sin embargo no debe perderse de vista, que de todas maneras existe relación entre ese mayor valor y los aportes efectuados por los socios, toda vez que el origen de la cuenta referida es el reconocimiento del efecto de la inflación entre otros, en los recursos que los asociados han invertido en la sociedad para contribuir a la integración del haber social que conforma el patrimonio, el cual es la causa y efecto de ese mayor valor representado en dicha cuenta"*

3.5 Si el artículo 90 del Decreto 2649 *"permite como hemos visto la capitalización de la cuenta en cuestión sin establecer limitación alguna en relación con la destinación que haya de darse luego al porcentaje del capital producto de la revalorización, es forzoso reconocer que la cuenta de capital para todos los efectos legales se incrementa y el valor final será el que se tome en últimas, sin que resulte procedente efectuar distinciones que la ley no ha hecho en cuanto al*

*origen del mismo y por lo tanto discriminar qué parte corresponde al valor de los aportes efectuados al momento de la constitución o a los posteriores incrementos, cualquiera fuere la procedencia de los respectivos componentes.*

*Por tanto, al no existir en la legislación colombiana distinciones de ninguna índole en razón al origen del capital, se debe concluir que no es posible para ningún fin sustraer el valor en que el mismo se incremente con el producto de la cuenta de revalorización, por lo cual independientemente de que sea ese uno de los componentes que lo integren, hace parte del capital social de la compañía, que es un concepto único y como tal está sujeto a las reglas consagradas en la codificación mercantil para todos los efectos".*

3.6 Concluye la Superintendencia en ese concepto, que si bien es cierto este despacho en su oportunidad mediante el oficio 220-36566 del 1º de julio de 1997, expresó que la operación que se analiza no era procedente, por considerar que implicaba un fraude a la ley, "*bajo el supuesto de que la medida comportaba una transgresión de la regla contenida en el artículo 90 del Decreto 2649 de 1993 en virtud de la cual podrían lesionarse derechos de los terceros, debemos señalar que tal conclusión fue producto del análisis y evaluación que de los conceptos de capital - aporte establece el Código de Comercio, sin tomar en cuenta en su verdadera dimensión el fenómeno de los ajustes por inflación y las incidencias patrimoniales que la figura genera.*

*Como antes se mencionó las reglas sobre disminución de capital están inspiradas en la protección de los derechos de terceros, los cuales según las razones que ahora se han analizado, no resultan desmejorados por el hecho aislado de que la disminución con efectivo reembolso tenga origen total o parcialmente en el capital producto de la capitalización de la cuenta de revalorización.*





*Es decir que atendiendo esa finalidad, la operación bien sea que se haya o no capitalizado dicha cuenta, es viable siempre y cuando la reducción en los activos de la compañía que supone la entrega por parte de la sociedad de alguno o algunos de sus bienes, con motivo de la disminución, no afecte la prenda común de los acreedores, hecho que precisamente debe verificar la Superintendencia de Sociedades al evaluar su procedencia a la luz de los postulados consagrados en el artículo 145 ejusdem".*

4. Al posesionarse el suscrito como Superintendente de Sociedades, en septiembre de 1998, se estaba teniendo en cuenta el criterio que se acaba de exponer. No obstante, bajo esta administración sólo se han autorizado las disminuciones de capital con efectivo reembolso en los casos que previa la capitalización de la revalorización del patrimonio, la disminución pretendida provenga de reembolso efectivo de aportes y, por tanto, no se involucre total ni parcialmente la mencionada revalorización del patrimonio. Precisamente por esta razón, y ante las solicitudes, cada vez más frecuentes, de autorización para reducir el capital social acudiendo a la figura en cuestión, y ante el desacuerdo de algunas áreas de la entidad frente al concepto 220-13021 señalado, se solicitó a la Oficina Asesora Jurídica, así como a la Delegatura de Inspección, Vigilancia y Control de la entidad, estudiar nuevamente el tema.

4.1 La Oficina Jurídica Asesora mediante el memorando interno No. 220-270 del 23 de noviembre de 1999 reiteró la posición sostenida en el oficio No. 220-13021 aludido, haciendo énfasis en lo siguiente:

4.1.1 La cuenta de capital *"no solamente la componen los aportes realizados efectivamente por los asociados sino también la mayoría de las cuentas del patrimonio...»* y entre las cuales se encuentra la revalorización del patrimonio; la cual, una vez capitalizada *«...ya no existe posibilidad de distinguir*

*cuál es la parte que corresponde a aporte en efectivo, en especie o a capitalización proveniente de ...revalorización del patrimonio, y desde luego el socio tampoco hace ninguna discriminación, pues a favor de el se expiden nuevos títulos que son en todo ajenos a cualquier diferenciación toda vez que en ellos no se trasluce su origen ni se evidencia el costo económico que generó a los asociados...»*

4.1.2 Destaca la regla mediante la cual el capital debe estar fijado de manera precisa de acuerdo con lo previsto en el artículo 122 del Código de Comercio y el principio de su permanencia en el sentido de que *«no solo debe existir entre éste y el patrimonio de la compañía el debido equilibrio, sino que debe mantenérsele ajeno a circunstancias que conlleven a su disminución o reducción.»* salvo en los precisos términos de los artículos 143 y 144 del Código de Comercio y en particular en este último, donde *"los asociados podrán pedir el reembolso total o parcial de sus acciones, cuotas, o partes de interés, antes de que, disuelta la sociedad se haya cancelado su pasivo externo"*

4.1.3 Advierte que la misma ley permite que en algunos eventos pueda darse un reembolso anticipado de los aportes efectuados durante la vigencia de la sociedad, tales como el señalado en el *«...artículo 145 del Código de Comercio que regula la disminución de capital y con ella el posible reembolso, siempre que se trate de sociedades que carezcan de pasivo externo; o que teniéndolo, sus activos sociales, hecha la reducción, queden representando no menos del doble de dicho pasivo, o que sus acreedores sociales acepten expresamente y por escrito la reducción, cualquiera que fuere el monto del activo o de los activos sociales y, en todo caso, cuando en relación con los pasivos provenientes de prestaciones sociales que figuren a su cargo, tengan la aprobación del competente funcionario del trabajo»*





4.1.4 Igualmente aduce que *«...se ha visto ya como los decretos 2649 y 2650 de 1993, determinan que la citada cuenta puede ser capitalizada, pero no establecen condición alguna referida a la disminución del capital social; por ende no cabe duda que si una sociedad pretende realizar una disminución de capital social con efectivo reembolso de aportes, únicamente ha de estarse a lo que previamente contempla la legislación mercantil en cuanto a la procedencia de dicha reforma, sin que sea posible efectuar una interpretación diferente a los preceptos legales que la regulan, lo que implicaría vulnerar la intención del legislador plasmada en la norma. «*

4.1.5 Precisa que en ningún momento se ve afectada la prenda común o general de los acreedores cuando se realiza una disminución de capital social como quiera que *«...el legislador de manera expresa implementó las condiciones que garantizan su preservación; exigiendo los requisitos del artículo 145 del Código de Comercio...En este orden de ideas, la negación a la disminución del capital, se justifica en la medida en que el interés jurídico tutelado sea el de los terceros, o mejor, el de los acreedores. Por lo tanto, siempre que ese interés no se menoscabe con la disminución, la misma puede tener ocurrencia, pues al fin y al cabo, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad privada, los socios pueden disponer de su propia compañía, pero cuando el señalado interés se afecta, la autonomía de los socios, indudablemente debe ceder en pos de ese interés.».*

4.1.6 Finalmente, desde el punto de vista contable se esgrime, en relación con el manejo de la cuenta de corrección monetaria *«...que los cargos a ella se asimilan a un gasto y sus abonos a un ingreso; es decir, que los ajustes por inflación afectan los resultados del ejercicio, positiva o negativamente, dependiendo del monto de activos, pasivos o patrimonio no monetarios*

*que sean susceptibles de ajuste; es así que la sociedad que obtenga utilidades provenientes en su mayoría de tales ajustes, no tiene ninguna limitación legal que le impida el reparto de las mismas...»*

4.2 Por su parte, la Delegatura de Inspección, Vigilancia y Control, mediante el memorando interno No. 300-004 del 13 de enero del año 2000, retomó nuevamente el criterio expuesto por la Superintendencia de Sociedades el 1° de julio de 1997 a través del oficio 220-36566, sintetizado en el literal B. punto 1 de este oficio, con argumentos como los siguientes:

4.2.1 En cuanto al patrimonio precisó que *"... si bien es posible diferenciar las cuentas que conforman el patrimonio en función del mayor o menor grado de permanencia o fluctuación, resulta igualmente posible distinguirlas en cuanto a su entidad, puesto que algunas de ellas cuentan con una entidad material y real, como el capital, y otras que a pesar de ser materializables mediante el reconocimiento en la información financiera del ente económico, gozan de una entidad formal o ideal, como la misma revalorización del patrimonio. (...)*

*Así mismo, en relación con la revalorización del patrimonio la ley determinó que sólo podría ser utilizada para repartirse en el momento de la liquidación de la compañía, o ser capitalizada; tratamiento legislativo que responde tanto al carácter de permanencia que tienen las cuentas del patrimonio, como a su entidad, si bien materializables en todo caso formal, al igual que la función que cumple de restablecer, entiéndase bien, no de aumentar el valor del patrimonio, al contrarrestar el efecto de la inflación. En conclusión, el tratamiento que da el legislador a las diversas partidas del patrimonio responde a la naturaleza que cada una de ellas tiene, considerando de una parte su real y efectivo aporte y de otra su potencialidad o no para ser materializadas"*





4.2.2 En cuanto hace al capital social, señaló que *"el artículo 83 del Decreto 2649 de 1993 lo define como aquel que: «representa los aportes efectuados al ente económico, en dinero, en industria o en especie, con el ánimo de proveer recursos para la actividad empresarial que, además, sirvan de garantía para los acreedores.*

*En relación con este punto, es conveniente tener en cuenta que el capital se encuentra conformado no sólo por los aportes de los asociados realizados al momento de la constitución del ente social o en posteriores aumentos del mismo, sino por aquellos otros recursos generados por el ente económico como las utilidades y reservas, así como por la prima en colocación de acciones y la revalorización del patrimonio; partidas que son capitalizables de conformidad con las normas legales y la técnica contable.*

*Ahora bien, ... no se debe perder de vista el origen de los recursos que lo conforman, puesto que dicho origen determina el destino y permanencia que se debe dar a esos fondos, de manera que no es posible disponer de los mismos desatendiendo previsiones que, como en efecto lo hace el artículo 90 del Decreto 2649 de 1.993, establecen que la revalorización del patrimonio es una suma susceptible de ser distribuida como utilidad al momento de la liquidación del ente económico, o capitalizada.*
*Por la misma razón no es posible sostener que los derechos surgidos de las acciones, cuotas o partes de interés social entregadas a los asociados en virtud de la capitalización de la revalorización del patrimonio, puedan ser ejercidos en forma irrestricta, puesto que si se tratare de una disminución de ese capital, se debe estar a lo dispuesto por el artículo 90 ya mencionado"*

4.2.3 Recalcó que "*con la revalorización del patrimonio lo que se persigue es actualizar su valor por la pérdida que han sufrido todas y cada una de las cuentas del*

*patrimonio susceptibles del ajuste a la unidad de medida; en otras palabras, acumula a partir de la vigencia de la norma, el valor originado en la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, lo cual significa ni más ni menos que ello no implica por sí mismo un incremento real de los recursos de la compañía, o un aporte adicional de los mismos, y mucho menos una ganancia, puesto que lo que se quiere es, como ya se dijo, recuperar el valor perdido producto del efecto de la inflación.*

*Habida cuenta que el artículo 26 de la Ley 153 de 1.887 prescribe que los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina,* ***en busca de su verdadero sentido****, a este Despacho le corresponde develar el sentido del tan cuestionado artículo 90, con el fin de hacer respetar la intención del legislador, velando por que se produzca el efecto perseguido con la previsión normativa y resguardando el interés jurídico tutelado por la norma.*

*Por tal razón, se considera que el legislador en forma inequívoca le dio un carácter de permanencia, en aras de velar por la solidez financiera del ente económico manteniendo en la información financiera su saldo, bien en la cuenta propiamente dicha, o representado como parte del capital social mientras la sociedad no esté abocada a una liquidación. Teniendo claro que la revalorización del patrimonio no comporta un aumento real de los recursos con que cuenta la sociedad, el ejercicio de capitalizar su valor representa una simple reclasificación del ajuste realizado, lo que constituye tan sólo un aumento nominal del capital social mas no real, y, por lo tanto, pretender disminuir tal capital con cargo a la revalorización capitalizada significaría entregar a los asociados recursos que la compañía no ha recibido real y efectivamente, lo que en pocas palabras equivale a la descapitalización del ente económico".*





4.2.4 Señaló igualmente que *"si bien la capitalización de la revalorización del patrimonio debe hacerse mediante la entrega de las acciones, cuotas o partes de interés social a cada uno de los asociados, representativas del aumento del capital social, al propio tiempo comporta una disminución en el valor patrimonial de las acciones, cuotas o partes de interés, lo cual se explica si se tiene en cuenta que tal incremento no conlleva un aumento real del valor del patrimonio social, sino una reclasificación permitida por la normatividad, como consecuencia de la actualización del valor del mismo dada la disminución sufrida por la pérdida del poder adquisitivo del dinero.*

*De manera que el reconocimiento que se efectúa en la contabilidad del asociado como consecuencia de la capitalización de la revalorización del patrimonio a partir del cual él recibirá el número de acciones, cuotas o partes de interés que le corresponde a prorrata de sus aportes, se traduce en un cargo al costo de la inversión con abono a los ajustes por inflación de la misma, lo cual no genera un incremento real en su valor, puesto que lo que efectivamente sucede es una distribución del costo histórico de la inversión entre un número mayor de acciones, cuotas o partes de interés"*

4.2.5. Añade además, que *"de conformidad con el artículo 44 del Decreto 2649 tantas veces mencionado, las cuentas de orden fiscales, como uno de los elementos de los estados financieros, deben reflejar las diferencias existentes entre las cifras incluidas en el balance y en el estado de resultados, y las utilizadas para la elaboración de las declaraciones tributarias, en forma tal que unas y otras puedan conciliarse. Para ilustrar la anterior situación, se cita, a manera de ejemplo, el evento según el cual, para efectos fiscales el patrimonio negativo no es susceptible de ajustar por inflación, en tanto que para efectos contables las cuentas que lo componen y que son producto de una*

*adquisición efectiva, deben ser ajustadas por inflación. Ahora bien, las cuentas de orden de control a las que alude el artículo 45 del mismo decreto, son utilizadas para registrar operaciones realizadas con terceros que por su naturaleza no afectan la situación financiera de la compañía, o se usan así mismo para ejercer un control interno. Concordante con lo anterior el Plan Único de Cuentas para comerciantes, en la clase 8, Cuentas de Orden Deudoras, Grupo 83, Deudores de Control, creó la cuenta 8335, Capitalización por Revalorización del Patrimonio, para registrar el incremento del capital social del ente económico como consecuencia de la capitalización de la revalorización del patrimonio (Grupo 34).*

*La anterior disposición tiene sentido puesto que busca registrar la historia completa del capital de tal manera que permita llevar la cuenta y razón de la procedencia de los recursos que lo alimentan para no perder de vista la porción del capital representada en un aporte efectivo a la compañía, distinta de aquella que resulta de capitalizar la revalorización del patrimonio y, de esta forma, controlar la utilización que se le pretenda dar a cada porción que lo compone, de manera que, en el evento en que se apruebe por parte del máximo órgano social una disminución del capital con efectivo reembolso de aportes la misma no se hará con cargo, total o parcialmente, al saldo de la cuenta de revalorización de patrimonio"*

4.2.6 Finaliza sosteniendo que si se acoge lo indicado por este despacho en el concepto 220-13021, en el sentido de que es viable disminuir el capital producto de una revalorización del patrimonio, *"se estaría desconociendo el tenor de la ley so pretexto de consultar su espíritu (art. 27 de la Ley 153 de 1887), como quiera que el mismo artículo 90 del Decreto 2649 ya citado ha establecido de manera categórica que la suma resultante de una revalorización del patrimonio sólo*





*podrá ser aplicada de la manera allí descrita, y se le estaría dando, a la postre, un destino final diferente al reglado por la norma en cuestión, cual es la entrega de tales sumas a los asociados previamente a la disolución y liquidación del ente social. Lo anterior obliga concluir que si se restituye a los asociados las sumas resultantes de la capitalización de la revalorización del patrimonio, lo que se estaría efectuando es la distribución de la actualización del dinero, no de un aumento real del capital social, con las implicaciones económicas y financieras que ello conllevaría para el futuro del ente económico.*

*Es entonces claro, que al capitalizar la revalorización de patrimonio y proceder luego a disminuir el capital resultante, de una parte se refleja una política de capitalización inconsistente y de otro, se observa que con ello el ente económico obtiene por otro medio el resultado expresamente proscrito por el legislador, esto es, distribuirle a los socios el saldo de la cuenta de revalorización del patrimonio en eventos distintos del señalado en la ley, léase: al momento de la liquidación de la sociedad.*

*Quienes aceptan la posibilidad de disminuir la porción del capital resultante de la capitalización de la revalorización del patrimonio, se apoyan en la inexistencia de una norma que expresamente lo prohiba, desconociendo que si bien es cierto no existe tal prohibición, el carácter imperativo del artículo 90 del Decreto 2649 lleva consigo la restricción para realizar conductas distintas a las allí permitidas. Tal comportamiento no es aceptable en este concepto, puesto que, además de los argumentos anteriormente expuestos, tipifica un verdadero fraude a la ley, tema sobre el cual esta entidad se pronunció en el concepto 220-36566 del 1º de julio de 1997..."*

5. Frente a los argumentos señalados por la Delegatura de Inspección, Vigilancia y Control que acaban de exponerse,

se han presentado argumentos tendientes a sostener que es lícito reducir el capital de una sociedad, independientemente del origen del mismo, criterios que a renglón seguido se aclaran por el despacho, así:

5.1 *" El artículo 345 del Estatuto Tributado y el artículo 90 del decreto 2649 de 1993 explícitamente permiten capitalizar la totalidad o parte del saldo de la cuenta de revalorización del patrimonio"*

Es claro que existen disposiciones tributarias y contables que en forma explícita se refieren a la capitalización total o parcial del saldo de la cuenta de revalorización de patrimonio.

5.2 *" El artículo 145 del Código de Comercio permite reducir el capital (sin establecer diferencias por el origen del mismo) de una sociedad cuando se cumplan ciertos supuestos como sería que una vez realizada la reducción de capital, el activo sea cuando menos el doble del pasivo"*

Es claro también que en el artículo 145 del Código de Comercio, se permite la reducción del capital en ciertos supuestos, "sin establecer diferencias por el origen del mismo".

En efecto, el artículo en cuestión simplemente se refiere a la disminución del "capital social"; aunque debe anotarse desde ahora que es necesario complementarlo con el numeral séptimo del artículo 86 de la ley 222 de 1995, pues en él se precisa que a la Superintendencia de Sociedades le corresponde autorizarla " ... cuando la operación implique un efectivo reembolso de aportes".

5.3 *" El artículo 90 del decreto 2649 de 1993 establece que el saldo de la cuenta de revalorización del patrimonio sólo puede distribuirse como utilidad cuando el ente se liquide o se capitalice su valor de*





*conformidad con las normas legales. Dado que la reducción de capital no constituye una distribución de utilidades, no hay lugar a aplicar a la primera la restricción establecida para la segunda en el artículo 90 del decreto 2649 de 1993. En consecuencia, el único requisito que debe cumplirse para la reducción de capital es que, una vez realizada la misma, el activo debe ser por lo menos igual al doble del pasivo"*

Es claro, igualmente, que uno de tales supuestos de disminución del capital, predicable en el caso objeto de análisis y en cualquier otro, consiste en que realizada la reducción el activo remanente sea por lo menos igual al doble del pasivo. Dado que una reducción de capital de una sociedad que no está disuelta no constituye una distribución de utilidades, se aduce que no debe aplicársele la primera restricción prevista en una norma contable, a saber, el artículo 2649 de 1993, que establece que el saldo de la cuenta de revalorización de patrimonio sólo puede distribuirse como utilidad cuando el ente se liquide. Pero no es claro cómo se concluye que la reducción en cuestión es viable por el hecho de que el saldo de la revalorización del patrimonio se pueda capitalizar.

5.4 *" Es razonable que el legislador, en busca de proteger a los acreedores sociales, haya limitado la distribución como utilidad de la revalorización del patrimonio y que, a la vez, haya permitido que la misma, una vez capitalizada, pueda ser objeto de reducción. En efecto, de no existir la prohibición establecida por el articulo 90 del decreto 2649 de 1993. podría haber, por la vía de una distribución de dividendos en dinero o en especie, una reducción del patrimonio social que podría hacer que los activos no fueran más del doble de los pasivos (que es la protección que tienen los acreedores sociales). Al permitir su capitalización, entra a operar el artículo 145 del Código de Comercio, el cual, como ya se indicó, garantiza que se cumpla el*

*mecanismo de protección de los intereses de los acreedores. Por ello, no es posible pensar que la reducción propuesta constituiría un fraude a la ley. Por el contrario, se logra lo que buscaba el legislador: garantizar que los acreedores sociales tengan la protección establecida por el artículo 145 del Código de Comercio".*

No es clara la argumentación consistente en que al permitirse la capitalización de dicho saldo, " entra a operar el artículo 145 del Código de Comercio, el cual, como ya se indicó, garantiza que se cumpla el mecanismo de protección de los intereses de los acreedores". Hace falta, precisamente, explicar si la capitalización en cuestión, prevista en normas tributarias y contables, en los términos de la ley comercial es equivalente, para estos efectos, a la que resulta de los aportes mediante los cuales los socios contribuyen a la integración del capital social. Al faltar esa importante explicación, no puede darse por probada la licitud de la reducción en cuestión.

6. Del mismo modo, se presentaron observaciones a algunas de las consideraciones manifestadas por la Delegatura de Inspección, Vigilancia y Control, las cuales en el mismo orden se analizan por este despacho, de la siguiente manera:

6.1 *"No se puede decir que el artículo 90 del Decreto 2649 de 1993, ni en su tenor literal, ni en su espíritu, consagre una prohibición para que se lleve a cabo una reducción de capital que se origine en la capitalización del saldo total o parcial de la cuenta de revalorización del patrimonio."*

De lo que se trata es de establecer el sentido y alcance de la restricción planteada en la ley comercial que reglamenta dicha reducción, a cuya jerarquía y finalidad imperativa se debe subordinar y armonizar la referida disposición, que es reglamentaria de la materia contable, materia ésta distinta de la restricción a la reducción de capital.





6.2 *"No existe fundamento legal para la distinción que se pretende establecer entre cuentas «reales» y cuentas «ideales» en el patrimonio. Adicionalmente, aún si fuera lícito aplicar esta distinción, la revalorización del patrimonio tiene tanta entidad «real» como las utilidades retenidas de la sociedad puesto que cualquier valor que aparezca en ella, es representativo de utilidades que de no existir el régimen de ajustes por inflación, la sociedad habría podido repartir a los asociados. En consecuencia, la no repartición ocasiona que dichos valores hagan parte de los activos sociales «reales».*

Más que distinguir entre las cuentas que de acuerdo con las normas reglamentarias de carácter contable forman parte del patrimonio, y en las cuales, dicho sea de paso, se distingue entre los aportes y la revalorización del patrimonio, de lo que aquí se trata es de preservar el sentido en el que las disposiciones comerciales de jerarquía legal regulan la denominada doctrinalmente integridad o intangibilidad del capital. De todas formas, es interesante notar que en el numeral primero del artículo 93 del decreto 2649 de 1993, en relación con los aumentos o disminuciones que haya sufrido el patrimonio inicial de un ejercicio durante el transcurso del mismo, se utiliza, precisamente, la expresión "incrementos reales" para referirse a aumentos del patrimonio "... tales como aumentos del capital, distintos de la capitalización de utilidades, excedentes, o de reservas de ejercicios anteriores o de los saldos acumulados en la revalorización del patrimonio" (se subraya), de manera que en la propia reglamentación contable no se considera "real" un supuesto aumento del patrimonio derivado de la capitalización de tales saldos. Si existe entonces una regla contable expresa que establece que la capitalización en cuestión no corresponde a un incremento patrimonial real. Sin embargo, es más exacto referirse a incrementos "reales", por una parte, y a incrementos "irreales" por la

otra, como quiera que es ese último término el que en rigor se opone al primero.

6.3 *"No existe en el régimen de sociedades fundamento alguno para dar un tratamiento diferencial a las acciones ordinarias de una sociedad según su proveniencia. Por el contrario, le ley es categórica al otorgar iguales derechos a todas ellas. Entre otras razones, porque las acciones son esencialmente fungibles y, en consecuencia, no es posible identificar cuáles tienen un origen y cuáles tienen otro. Al pretender establecer un tratamiento diferencial, se está poniendo en riesgo la naturaleza de las acciones como valores destinados a circular, puesto que los adquirentes de las mismas no tendrían certeza sobre cuáles son los derechos incorporados en ellas"*

El derecho al reembolso de aportes no se desconoce a ningún aportante al precisar que la reducción del capital que comporte dicho reembolso no pueda darse con base en la capitalización del saldo total o parcial de la cuenta de revalorización del patrimonio, la cual, dicho sea de paso, es distinta contablemente de los aportes. Y no sobra recordar que no pueden confundirse en forma sofística las acciones con los aportes cuya suscripción da lugar a la colocación de las mismas en el mercado primario. Si se evita esa confusión, se advierte que no se pretende *"establecer un tratamiento diferencial"* a las acciones y que tampoco se pone" *en riesgo la naturaleza de las acciones como valores destinados a circular, puesto que los adquirentes de las mismas no tendrían certeza sobre cuáles son los derechos incorporados en ellas"* . Sabido es que el adquirente de una acción en el mercado secundario no suscribe ni paga ningún aporte, y si en los estados financieros correspondientes examina la composición del patrimonio contable de la sociedad emisora, puede tener certeza acerca de las diversas cuentas que lo integran, entre ellas los aportes y la revalorización del





patrimonio. Sus derechos como accionista consagrados claramente en la ley y los estatutos, entre ellos los de reembolso en proporción a las acciones adquiridas por él y emitidas como contrapartida al aporte del suscriptor, son iguales a los de los demás accionistas poseedores de acciones de la misma clase, independientemente de si las han adquirido en el mercado primario o secundario.

6.4 *"Contrariamente a lo que se plantea en la interpretación que aquí se controvierte, el tenor literal de la ley, contenido en el, artículo 145 del Código de Comercio, solamente establece una condición para las reducciones de capital, consistente en que el activo debe ser por lo menos el doble del pasivo una vez realizada la reducción"*

Efectivamente, y sin tener en cuenta, para lo que aquí interesa, ni los demás supuestos de reducción ni la autorización de la autoridad laboral cuando ésta se requiere, " el tenor literal de la ley, contenido en el artículo 145 del Código de Comercio, solamente establece una condición para las reducciones de capital, consistente en que el activo deber ser por lo menos el doble del pasivo una vez realizada la reducción" . Pero es, precisamente, de conformidad con el sentido de la legislación comercial que se establece dicha restricción, sentido que es el que da significado a todas las expresiones literales, claras o no, de la ley, que la reducción en cuestión no se considera ajustada a derecho.

*6.5" Habida cuenta de que los intereses de los acreedores se encuentran protegidos mediante el mecanismo previsto en el artículo 145 del Código de Comercio en el caso de una reducción de capital, no puede hablarse de un fraude a la ley por el hecho de que no se aplique una limitación establecida para una hipótesis distinta"*

Es precisamente, la protección de los intereses de los acreedores, la que impide la reducción propuesta; en los

términos de la ley comercial, en la reducción del capital e' egreso de activos sociales corresponde a un reembols( efectivo de aportes, y dicha hipótesis legal no se da cuando se pretende entregar activos cuyo valor corresponde a la revalorización del patrimonio no a un aporte a reembolsar. Dicha entrega sería opuesta a la protección de los acreedores que orienta los principios y reglas aplicables al capital de las sociedades.

Como se observa, el tema de la referencia, por su importancia y complejidad, ha ocupado de tiempo atrás la atención de este despacho; de ahí que en atención a la incidencia jurídica, contable y fiscal que cualquier criterio que se adopte comporta en el cabal desenvolvimiento de las compañías, y a la importancia que tiene la protección de la prenda general de los acreedores, se han analizado nuevamente los argumentos plasmados en los conceptos que se han descrito, para concluír, separándose de la opinión que en el oficio 220-13021 y memorando 220-270 mencionados se plasma, y coincidiendo fundamentalmente con las apreciaciones expuestas en el oficio 220-36566 del 1º de julio de 1997 y en el memorando 300-004 de la Delegatura de Inspección, Vigilancia y Control, que la reducción del capital de una sociedad originada en la capitalización del saldo total o parcial de la cuenta de revalorización de patrimonio no es jurídicamente viable. Y además de lo ya expuesto, se pueden formular las **CONSIDERACIONES JURIDICAS ADICIONALES** que a continuación se exponen:

1. La existencia de normas tributarias de jerarquía legal y de normas contables de naturaleza reglamentaria que se refieren a la capitalización del saldo de la cuenta de revalorización de patrimonio, exige la aplicación de criterios de interpretación consagrados en la legislación vigente y que se echan de menos en las argumentaciones que eluden poner de relieve las precisiones que legalmente es necesario formular en atención a las diferencias de jerarquía, de entrada en vigencia y de materia.

   Así las cosas, y sin perjuicio de dejar a salvo el ámbito y propósito propios de las disposiciones tributarias,





usualmente respaldados por disposiciones expresas sobre su prevalencia, es necesario, para lo que aquí interesa, recordar que de conformidad con el numeral segundo del artículo 5 de la Ley 57 de 1887, cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad y estuvieren en diversos Códigos " *preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal, Judicial, Administrativo, Fiscal...*" . De tal manera que si existiera alguna incompatibilidad – que no existe en este caso – entre la disposición tributaria que permite capitalizar la cuenta de revalorización de patrimonio y las disposiciones del Código de Comercio y de la Ley 222 de 1995 en materia de sociedades, legalmente preferiría lo dispuesto en éste; y ello es suficiente para circunscribir aquí la cuestión a las leyes comerciales y al reglamento contable.

2. Es importante tener en cuenta que "*el régimen legal de las sociedades anónimas y su contabilidad están íntimamente relacionados, ya que la ley reglamenta situaciones especiales, que tienen incidencia en el campo contable y, por lo tanto, usa una terminología contable y por cuanto únicamente el conocimiento contable da al jurista la llave para un entendimiento integral y perfecto del régimen de las sociedades anónimas*" (Horvath, A.B. y Neira Archila, Luis Carlos. Contabilidad, Teoría y Funcionamiento, tomo I, ed. Temis, Bogotá, 1959, p.3); pero al examinar los argumentos que con base en la reglamentación contable pretenden concluir la procedencia de la reducción en cuestión, se echa de menos la sujeción a la diferencia que existe, desde un punto de vista jerárquico, entre las leyes en sentido material, como lo son el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995, y un simple decreto reglamentario, como lo es el decreto 2649 de 1993. Esa diferencia exige armonizar las leyes y los decretos que se expiden para asegurar su cumplida ejecución, según se establece en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, en función del sentido de las leyes, y no al revés.

3. En este caso, además de que el sentido de la ley mercantil en la materia está claramente orientado a la protección de los acreedores, es necesario tener en cuenta también que en dicha ley se utilizan expresiones que pueden tener un sentido distinto del utilizado en las normas y en las técnicas contables. Por esa razón, no puede pretenderse, sin exceder ilegalmente el marco de la potestad reglamentaria de la contabilidad, basarse en la acepción contable de determinadas disposiciones para con base en ellas argumentar la supuesta licitud de una operación contraria a la ley mercantil, máxime si de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 del Código Civil, " *las palabras técnicas de toda ciencia o arte, se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso".*

   En el ya citado artículo 28 del Código Civil, a propósito de la forma de entender las palabras de la ley, se establece doctrinalmente que "*cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal ",* y en su artículo 30 se dispone que "*los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto."* Si en gracia de discusión, y con el loable propósito de armonizar las leyes comerciales y los reglamentos contables, se considera "*legislador"* al gobierno que reglamenta la materia contable, o se considerara que el reglamento contable es "*ley"* para efectos de ilustrar la ley comercial, de todas formas habría que tener en cuenta que una es la materia comercial, regulada en el Código de Comercio, y la otra la que se refiere a los principios y normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, que es la materia reglamentada mediante el Decreto 2649 de 1993; y sobre todo, sería necesario advertir, otra vez, que es del sentido y finalidad de la regulación legal que preserva la integración e integridad del capital social de lo cual depende el alcance de las reglas legales sobre su reducción, y no de la reglamentación contable, cuyos principios y reglas tienen por objeto permitir que la contabilidad suministre una historia





clara, completa y fidedigna de las operaciones del ente contable, como se dice en el artículo 1 del Decreto 2649 de 1993, o de los negocios del comerciante, en los términos del artículo 50 del Código de Comercio, negocios o asuntos éstos cuya posibilidad y límites se señalan en normas legales tales como las societarias.

4. Más allá de las eventuales coincidencias, semejanzas o diferencias entre los conceptos contables y legales, o entre el significado de las expresiones utilizadas en las normas legales comerciales y en las normas reglamentarias contables, no puede argumentarse en esta materia sin reparar en que la contabilidad registra o refleja operaciones sujetas a reglas legales cuyas finalidades no están definidas en los conceptos contables. En el caso que aquí interesa, el contexto legal que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Código Civil, sirve para "*...ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía",* corresponde a los principios y reglas del derecho societario vigente que se refieren al denominado en la doctrina como principio de permanencia o estabilidad del capital social.

   El capital social al cual hace referencia el artículo145 del Código de Comercio, se debe fijar de manera precisa; y, de conformidad con el artículo 122 del Código de Comercio, solo puede disminuirse o aumentarse en virtud de una reforma estatutaria. Dicho capital, según se ha dicho en la doctrina, "*...es hasta cierto punto una referencia meramente formal que representa, dicho en forma ... elemental, la simple suma o importe del valor fijado para los bienes apreciables en dinero que los socios se obligan a aportar"* (Pinzón, Gabino. Sociedades Comercial, volúmen 1, parte general, 5 ed. 1988, ed. Temis, Bogotá, p. 126); y "*la ley procura la integridad del capital durante la vida activa de la sociedad mediante normas que tienden a mantener el equilibrio entre el capital y el patrimonio, y otras que rodean de seguridades especiales las modificaciones de la cifra del capital (verbigracia los arts. 143 a 147). Estas precauciones del*

*legislador tienen influencia en el orden externo porque si se aumenta el capital sin acrecer el patrimonio, por ejemplo para enjugar pérdidas, los terceros no ven incrementada la prenda general; y si se disminuye el capital, es apenas obvio que el patrimonio sufre merma."* (Narváez, José Ignacio. Teoría General de las Sociedades, ed. Doctrina y Ley, Bogotá, 1996, pags 164-165)

Son estas características del capital de las sociedades las que explican que la reducción del capital como consecuencia del reembolso de los aportes de los socios sea objeto de una reglamentación especial. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 144 del Código de Comercio, y en forma análoga a lo que ocurre en materia de restitución de aportes (Código de Comercio, art. 143), "*...el reembolso total o parcial de sus acciones, cuotas o partes de interés antes de que, disuelta la sociedad, se haya cancelado su pasivo externo",* no puede ser pedido por los asociados. Dicha regla general sólo acepta excepciones taxativas, como corresponde a la finalidad protectora de la prenda de los acreedores externos que la inspira; y una de ellas se refiere a la disminución del capital social cuando la operación implica un efectivo reembolso de aportes, caso en el cual se permite que los socios reciban antes de la liquidación de la sociedad el equivalente a lo aportado por ellos o por sus causahabientes al suscribir y pagar la correspondiente participación social.

5. En el propio régimen contable, en los elementos o cuentas integrantes del patrimonio contable, se distingue entre el capital y la revalorización del patrimonio. El capital, según el artículo 83 del decreto 2649 de 1993, "... *representa los aportes efectuados al ente económico, en dinero, en industria o en especie, con el ánimo de proveer recursos para la actividad empresarial que, además, sirvan de garantía para los acreedores",* mientras que la revalorización en cuestión, cuyo saldo sólo puede distribuirse como utilidad cuando el ente se liquida o se capitaliza su valor, " ... *refleja el efecto sobre el patrimonio originado por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda".* Dicho "*reflejo",* palabra ésta que





no tiene definición ni legal ni contable, debe entenderse como la *"representación, imagen, muestra"* (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Madrid, 1970, decimonovena edición, hay posteriores, p. 1119, octava acepción) de la inflación, de tal manera que la cuestión se reduce a precisar si es legalmente viable que una vez capitalizado total o parcialmente dicho saldo, el mismo pueda recibir el mismo tratamiento que el de un aporte, para efectos de permitir a los socios la entrega de activos sociales a título de reducción de capital, con reembolso efectivo de aportes.

La respuesta es negativa. Permitir que los activos sociales, es decir, la prenda general de los acreedores, se reduzca como consecuencia de la entrega de parte de los mismos a los socios por el monto equivalente a la revalorización del patrimonio que se ha capitalizado, constituye una transferencia de activos a los socios cuya causa no es el reembolso de aportes, como quiera que la capitalización de dicha revalorización, es decir, el *"reflejo"* de la inflación, no puede ser considerado como un aporte. Y constituye un espejismo, por decir lo menos, pretender que la prenda de los acreedores sociales no sufre merma si los activos que se entregan a los socios se sustituyen en ella por la expresión contable de los efectos de la inflación. Y puesto que en materia societaria la reducción del capital, cuando implica el egreso de activos y no la simple reducción del valor nominal de las acciones, constituye un reembolso de lo aportado, forsozo es concluir que para tales efectos no puede tenerse en cuenta el valor de capitalizaciones que no corresponden a aportes.

No se plantean entonces distinciones entre los accionistas aportantes y los adquirientes de acciones ya suscritas, pues es bastante clara la diferencia existente entre las acciones y los aportes; ni se impide que en los casos en que se capitaliza dicha revalorización se pueda reducir el capital, pues sigue intacta la posibilidad de dar aplicación al artículo 145 del Código de Comercio. De lo que se trata es de preservar la integridad del capital y de tener en cuenta que en la ley se permite la salida de activos equivalentes al valor de los aportes

reembolsables. La capitalización de la revalorización en cuestión no corresponde a un aporte, como lo comprueban hasta las propias normas contables sobre el patrimonio, en las cuales se distingue nítidamente entre ambas cuentas y que, además, no consideran que la capitalización de los saldos acumulados en la cuenta de revalorización de patrimonios pendiente corresponda a un incremento "*real*" del patrimonio. Tal y como ha sido planteado, la revalorización del patrimonio no comporta un aumento real de los recursos con que cuenta la sociedad; su capitalización es una simple clasificación del ajuste realizado, de manera que una pretendida disminución de capital con cargo a la revalorización capitalizada implica una disminución de la prenda real de los acreedores que no corresponde a reembolso de aporte alguno.

6. Es cierto que la reducción de capital, en los términos del artículo 145 del Código de Comercio, es procedente cuando la sociedad carece de pasivo externo, cuando hecha la reducción los activos representan no menos del doble del pasivo externo, o cuando los acreedores, titulares del interés protegido, aceptan expresamente la reducción cualquiera que sea el valor de los activos. Sin embargo, se insiste aquí, en primer lugar, que en el supuesto que se analiza no se está frente al reembolso de aporte alguno; y, en segundo lugar que en la ley comercial se pretende asegurar la suficiencia de la prenda general de los acreedores, de manera que no puede pretenderse que de ella forme parte un rubro que en el propio reglamento contable no es considerado como un incremento "*real*" del patrimonio, es decir, que no suma para efectos del "*valor residual de los activos del ente económico, después de deducir todos sus pasivos*", que es como se define el patrimonio en el artículo 37 del Decreto 2649 de 1993, noción ésta bastante clara de lo que constituye para los abogados la prenda general de los acreedores, cuya protección explica el régimen especial en esta materia.

Si se armonizan entre sí la transcrita definición contable de patrimonio (art. 37), la ya referida consideración contable de que





la capitalización de la revalorización no es un incremento real del patrimonio (art. 93), y el artículo 90 del Decreto 2649 de 1993, armonización que es propia de la interpretación de todas las normas jurídicas, y no sólo de las leyes, se advierte que la posibilidad de capitalizar la revalorización no permite deducir que la reducción aquí estudiada sea procedente gracias a que en dicho artículo sólo se restringe expresamente la distribución del saldo como utilidad si el ente no se ha liquidado.

De conformidad con el artículo 31 del Código Civil, "*lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes*", reglas éstas que en todos los casos buscan establecer el sentido o finalidad de las leyes, respecto del cual las expresiones literales de la ley, claras o no, son simples instrumentos o medios significantes. Si se tiene en cuenta que sólo en la liquidación, lo cual implica haber satisfecho el pasivo externo, se puede distribuir como utilidad el saldo de la revalorización, se refuerza la opinión consistente en que su capitalización no sirve de medio para entregarle activos a los accionistas so pretexto de un "*reembolso*" de aportes que no se han efectuado, como quiera que en esa hipótesis se estaría permitiendo un deterioro de la prenda general establecida para proteger a esos mismos acreedores preservados a través de la restricción a la distribución del saldo como utilidad.

Es razonable, entonces, que la Delegatura de Inspección, Vigilancia y Control haya planteado otra vez la posición sostenida en 1997 por la Oficina Jurídica, de esta Superintendencia, según la cual se produciría en este supuesto un fraude a la ley; en los términos citados en ese entonces, y expuestos por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 24 de febrero de 1939, "*En lo general no se viola la ley con el propósito de violarla sino con el de lograr fines distintos para los cuales la violación es solo un medio; pero esta consideración no se opone al concepto de fraude. En otras palabras, puede haber aquél*

*propósito y buscarse por sí mismo, pero no es necesario que lo haya para que el fenómeno se produzca, y generalmente no lo hay"*

Vale la pena precisar que la opinión que aquí se consigna se fundamenta en razones jurídicas igualmente aplicables a cualquier clase de sociedad nacional, es decir, con domicilio principal en Colombia y sujeta en su formación y funcionamiento a la ley colombiana, abstracción hecha de si en ella participa el estado o de si es una empresa de servicios públicos domiciliarios.

7. La opinión que aquí se expresa para rectificar y recoger la expuesta por la entidad en 1998, coincide con la expuesta en la doctrina nacional más reciente, de acuerdo con la cual, *"... La Superintendencia de Sociedades sostuvo de manera reiterada (como en el oficio 220-36566 de 1997) que no era lícito que las sociedades, después de haber capitalizado sumas tomadas de la cuenta de revalorización del patrimonio, procedieran a disminuir el capital mediante reembolso a los socios o accionistas, pues este mecanismo constituía una forma de burlar la prohibición contenida en los artículos 90 del Decreto 2649 de 1993 y 345 del Estatuto Tributario. El esquema de capitalizar primero y devolver después los mismos valores, disfrazaba la realidad consistente en que los asociados se estarían repartiendo el dinero que se hallaba representado en la cuenta de revalorización patrimonial con anterioridad a su capitalización. Este criterio de la Superintendencia, lógico, basado en el análisis de lo que efectivamente se produce (verdad real) detrás de una apariencia de legalidad (verdad formal) se modificó mediante el oficio 220-13021 de 1998 ..." ( Sanín Bernal, Ignacio. " Un Nuevo Derecho Societario. El propuesto desde el Estatuto Tributario", página 132, Biblioteca Jurídica Diké)* (Oficio 100-9479 de febrero 3 del 2.000)





## DISMINUCIÓN DE CAPITAL PARA ENJUGAR PÉRDIDAS

Sea lo primero señalar que únicamente es posible disminuir capital para enjugar pérdidas en los términos del artículo 459 del ordenamiento mercantil, es decir, como medida para restablecer el patrimonio; para tal efecto, el mencionado artículo establece que cuando se generen pérdidas que afecten el patrimonio por debajo del cincuenta por ciento del capital social, el máximo órgano social para enervar esta causal de disolución, podrá ordenar la venta de bienes sociales valorizados, la reducción de capital suscrito, la emisión de nuevas acciones, o cualquiera otra que evite que la sociedad se declare disuelta y se proceda a su inmediata liquidación.

A su vez, el artículo 147 del Código de Comercio establece que la reducción de capital se tiene como una reforma del contrato social y debe adoptarse al tenor del mismo ordenamiento, es decir el máximo órgano social (numeral 1 artículo 187 ibídem) adoptará la decisión, la cual deberá reducirse a escritura pública y posteriormente ha de ser inscrita en el registro mercantil del domicilio social, requisitos sin los cuales no produce efecto alguno respecto de terceros (artículo 158 ídem).

Ahora bien, si con la disminución de capital no se deriva un efectivo reembolso a favor de los socios, es decir, no se disminuye el activo social como consecuencia de esta reforma, una sociedad comercial sujeta únicamente a inspección (artículo 83 de la Ley 222 de 1995) o vigilancia (artículo 84 ibídem), no requerirá la autorización previa para tal procedimiento, ni seguir los requisitos establecidos en el artículo 145 del ordenamiento mercantil.

En consonancia con lo anterior, conviene precisar el alcance de la competencia de la Superintendencia de Sociedades señalada en el numeral 7 de la Ley 222 de 1995 en armonía con el artículo 145 de la legislación mercantil, conforme a los cuales a esta entidad corresponde la autorización de la disminución de capital en cualquier sociedad, cuando la operación implique un reembolso de aportes;

autorización que se imparte si se acredita uno cualquiera de los supuestos que establece el artículo 145: cuando se pruebe que la sociedad carece de pasivo externo; o que hecha la reducción el activo social representa no menos del doble del pasivo externo; o que los acreedores sociales expresamente y por escrito la reducción, cualquiera fuere el monto del activo social.

Ahora bien, si conforme al Decreto 3100 de 1997 la compañía se encuentra incursa en una causal de vigilancia; la sociedad comercial siempre que reforme sus estatutos debe con posterioridad a la inscripción de la reforma en el registro mercantil remitir una copia completa de la escritura correspondiente junto con un certificado de existencia y representación donde conste la inscripción, para que obre en el expediente que de la compañía tiene esta entidad.

En cuanto a los registros contables debe señalarse que su incidencia se registra en las partidas patrimoniales correspondientes a capital suscrito y pagado contra pérdida del ejercicio. Esta operación contable debe afectar a los socios en igual proporción de tal forma que no se afecte su participación en el capital social.

Una vez perfeccionada la reforma, como obviamente el capital se ve reducido, se quedan sin contenido económico las acciones en las cuales se incorporaba el valor que se aplicó a las pérdidas las cuales entran nuevamente a la reserva como capital por suscribir. (Oficio 220-100867 noviembre 9 de 1999)





# COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

## ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES FRENTE A LAS ENTIDADES VIGILADAS POR LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Se refiere el Despacho a la Intervención de la Superintendencia de Sociedades en la fusión de sociedades comerciales que tienen la condición de Instituciones Prestadoras de Salud.

Para tal efecto se estima pertinente efectuar las siguientes consideraciones.

**1. Análisis Preliminar.**

La Constitución Política en su artículo 189 numerales 22 y 24 respectivamente, faculta al Presidente de la República para "ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos",... y de... " las sociedades mercantiles".

**Tales funciones presidenciales son ejercidas respectivamente, mediante la Superintendencia de Salud, que se encarga de la inspección, vigilancia y control sobre los sujetos previstos en el artículo 4º. del Decreto 1259 del 20 de junio de 1994, y mediante la Superintendencia de Sociedades que ejerce la inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales, de conformidad con lo estipulado en el artículo 82 de la Ley 222 de 1995.**

A pesar de haberse definido la competencia de una y otra Superintendencia, han surgido algunas inquietudes sobre el particular, como quiera que la Ley 222 del 20 de diciembre de 1995 establece en su artículo 228 la denominada competencia residual, en los siguientes términos: "Las facultades asignadas en esta ley

en materia de vigilancia y control a la Superintendencia de Sociedades serán ejercidas por la Superintendencia que ejerza vigilancia sobre la respectiva sociedad, si dichas facultades le están expresamente asignadas. En caso contrario, le corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, salvo que se trate de sociedades vigiladas por la Superintendencia Bancaria o de Valores".

Esta norma ha sido interpretada en el sentido de atribuir mayores facultades a la Superintendencia de Sociedades, llegando a endilgársele una vigilancia concurrente sobre organismos vigilados por otras superintendencias, no obstante lo previsto en el artículo 84 de la Ley 222 de 1995, a cuyo tenor " La vigilancia consistente en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos. La vigilancia se ejercerá en forma permanente".

Hay que decir entonces que el citado artículo 84 se refiere específicamente a la vigilancia, y establece que la Superintendencia de Sociedades tiene la misión de velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social se ajusten a la ley y a los estatutos. Esto significa que una sociedad que por disposición legal está bajo la vigilancia de cualquier otra Superintendencia, no puede estar simultáneamente sujeta a la de la Superintendencia de Sociedades.

**En este orden de ideas, no cabe duda de que la ley, al disponer que el fuero de la Superintendencia de Sociedades se restringe a "las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias", demarca su campo de acción; de manera que mientras la de Salud actúa respecto de los sujetos previstos en el artículo 4º. del Decreto 1259 de 1994, la de Sociedades tiene que ver con los contemplados en el artículo 84 de la Ley 222 de 1995 y el Decreto 3100 de 1998.**

**Ahora bien, el Consejo de Estado, sala de consulta y servicio civil ha expuesto otra interpretación según la cual pese al**





**mandato contenido en el artículo 228 de la Ley 222 de 1995, compete a la Superintendencia Nacional de Salud conocer de todas las actuaciones de las sociedades vigiladas, en atención al principio de especialización administrativa, criterio al cual nos referimos enseguida.**

**2. Concepto del Consejo de Estado del 16 de abril de 1997, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente Doctora María Elena Giraldo Gómez.**

Refiriéndose a la vigilancia de las sociedades comerciales cuyo objeto social es el propio de las Instituciones Prestadoras del servicio de salud, Empresas Promotoras de Salud y Empresas de Medicina Prepagada I.P.S., E.P.S. y E.M.P., el Consejo desestimó la Vigilancia concurrente, no solamente respecto de tales casos sino en forma general; y se refirió a una vigilancia integral a cargo de los diferentes organismos administrativos en los siguientes términos:

La creación legal de diferentes organismos administrativos dentro de la estructura del Estado se fundamenta en el principio de la especialización de la función administrativa, y permite precisar cuál de ellos en forma preferencial inspecciona, vigila o controla sujetos y actividades.

Manifiesta que la Superintendencia de Salud, de acuerdo con el literal c). numeral 1º. De la Ley 100 de 1993, es uno de los organismos integrantes del sistema general de seguridad, el cual, conforme a lo previsto en el artículo 1º. del Decreto 1259 de 1994, es de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Salud, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, con funciones de inspección, vigilancia y control sobre los sujetos previstos en las normas que rigen sobre la materia (Artículo 4º.del Decreto 1259 citado); en tanto que a la Superintendencia de Sociedades la ley le otorgó funciones de inspección, vigilancia y control sobre las sociedades comerciales (Artículo 84 Ley 222 de 1995).

En relación con la vigilancia concurrente el Consejo de Estado expresó que a la Superintendencia de Sociedades de ninguna manera le fue asignada en forma específica la vigilancia y control de todos los procesos de fusión, escisión, derecho de retiro de los socios, etc., como se colige de los artículos 83 a 88 de la Ley 222 de 1995, como quiera que cada superintendencia tiene competencia para conocer de tales procedimientos sobre las entidades que vigila.

Así mismo, manifiesta dicha superioridad que las atribuciones otorgadas a la Superintendencia de Sociedades en los artículos 84, 85, 86 y 87, no pueden ser ejercidas sobre las entidades prestadoras de salud, porque la inspección, vigilancia y control está atribuida en forma integral a la Superintendencia de Salud en razón al principio de la especialidad en las atribuciones a ella conferidas.

**3. Razones por las cuales la Superintendencia de Sociedades no comparte el pronunciamiento del Consejo de Estado.**

**La Superintendencia reconoce la autoridad de los pronunciamientos del Consejo de Estado, por vía de absolución de consultas a pesar de no ser de obligatorio cumplimiento y, respetuosamente, no los comparte en este caso.**

El principio de especialización de la función administrativa se concreta en disposiciones legales que lo desarrollen de manera expresa, y que en este caso deberían establecer que todos los asuntos de las sociedades comerciales que tienen la condición de E.P.S., I.P.S. y E.M.P. correspondieran exclusivamente a la Superintendencia Nacional de Salud, lo cual no ha ocurrido.

Por el contrario, el legislador a través del artículo 228 de la ley 222 de 1.995, consagró una regla de carácter general aplicable a todas las sociedades comerciales vigiladas por Superintendencias distintas a la Bancaria o de Valores, según la cual tales sujetos debían cumplir algunas actuaciones ante la Superintendencia de Sociedades.





Para esta Superintendencia es claro que el concepto del Consejo de Estado no deroga, ni modifica los alcances del citado artículo 228, por lo cual no puede desconocerse el precepto que contiene que en opinión de esta Superintendencia, procura que el Estado tenga un control integral sobre las compañías. Con ese propósito se le asignó a la Superintendencia de Sociedades la facultad de intervenir en ciertos asuntos propios del tema societario y que son ajenos a las demás Superintendencias, en razón al carácter predominantemente objetivo del control que ellas ejercen, en la medida en que sus atribuciones apuntan a verificar el desarrollo de las actividades adelantadas por los sujetos sometidos a su vigilancia; y que en el caso de la Superintendencia Nacional de Salud se refieren al cumplimiento de las disposiciones que regulan la prestación de los servicios de salud, con miras a asegurar la calidad de los servicios y la eficiencia en el recaudo de los recursos correspondientes.

De conformidad con el mandato contenido en el artículo 121 de la Carta Política, las autoridades sólo podrán desempeñar aquellas funciones que le sean expresamente asignadas, lo cual significa que no es posible por vía analógica o extensiva atribuir competencias a las autoridades administrativas, asunto sobre el cual hay numerosas decisiones de la Jurisprudencia Nacional, y en especial, del mismo Consejo de Estado.

En este orden de ideas, podría afirmarse que arrogar competencia a la Superintendencia Nacional en esta materia, implica desconocer que la Ley jamás le atribuyó facultades a la misma para autorizar la fusión o la escisión de sus vigiladas y, que por el contrario, existe norma legal que le asignó esa competencia a la Superintendencia de Sociedades, precisamente, en esos casos.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el ejercicio de la facultad a que alude el referido artículo 228 en modo alguno implica que las sociedades sujetas a la vigilancia de otra Superintendencia, por ese hecho queden sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades.

**4. Aspectos pertinentes para resolver el tema materia de consulta.**

**4.1 Ambito de la Vigilancia de la Superintendencia de Sociedades**

De conformidad con el artículo 84 de la ley 222 de 1.995, la vigilancia consiste en la atribución de la superintendencia para velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos, atribución que se ejercerá en forma permanente.

**En este orden de ideas, si una sociedad comercial se encuentra sometida a la vigilancia de cualquier superintendencia, no resulta posible que la misma quede sujeta a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades.**

**4.2. Vigilancia de las Instituciones Prestadoras de Salud.**

En cuanto a la vigilancia de esta clase de sujetos, el numeral 6º del artículo 4º del Decreto 1259 de 1.994, establece que están sujetos a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud, las instituciones prestadoras de servicios de salud, que integran los subsectores oficial y privado del sector salud, así como de otros sectores cualquiera sea su naturaleza y denominación.

**Así las cosas, y teniendo en cuenta que por razón de su objeto social la sociedad referida está sujeta a la vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud, es forzoso concluir que no se halla sometida a la vigilancia de esta Entidad.**

**4.3. Competencia Residual**

**Establece el artículo 228 de la ley 222 de 1.995:**

*"**Competencia Residual**. Las facultades asignadas en esta ley en materia de vigilancia y control a la Superintendencia de Sociedades, serán ejercidas por la Superintendencia que ejerza*





*vigilancia sobre la respectiva sociedad, **si dichas facultades le están expresamente asignadas.** En caso contrario, le corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, salvo que se trate de sociedades vigiladas por la Superintendencia Bancaria o de Valores."*

Refiriéndonos a las sociedades comerciales que se encuentran sujetas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud, y en particular a las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud, se hace necesario para los fines que motivan este estudio, examinar las funciones que ejerce la referida Superintendencia y cotejarlas con las que esta Superintendencia desarrolla en ejercicio de las atribuciones de vigilancia y control; así, en el evento que algunas de las funciones que asigna la ley a esta entidad en los niveles de vigilancia y control no hayan sido atribuidas a la Superintendencia Nacional de Salud, esta Superintendencia está llamada a ejercerlas, siempre y cuando el sujeto respectivo tenga la calidad de sociedad comercial.

**Examinadas las disposiciones que regulan las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud, no se encuentra ninguna que establezca la facultad de autorizar o aprobar las reformas consistentes en la fusión o escisión de las I.P.S., E.P.S. y E.M..P. por ella vigiladas.**

Así las cosas, es claro que a esta Superintendencia le corresponde en tales casos la función de autorizar los procesos de fusión y/o escisión en los términos que la ejerce sobre las sociedades sujetas a su vigilancia, (numeral 7ª artículo 84 de la Ley 222 de 1995), sin perjuicio de la verificación posterior que realice la Superintendencia Nacional de Salud sobre los resultados de los mismos y la incidencia al interior de la sociedad en cuanto concierne a la prestación del servicio.

**Finalmente no debe perderse de vista que la intervención de esta Superintendencia al autorizar procesos tales como la fusión y/o la escisión, se encuentra restringida al análisis y verificación de las disposiciones legales y estatutarias que gobiernan tales instituciones y en modo alguno implica su**

**ingerencia en otros aspectos, como la prestación del servicio, los cuales siguen siendo de competencia exclusiva de la Superintendencia Nacional de Salud.** (Oficio 220-73190 noviembre 19 de 1998)

## COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES Y DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS – COMPETENCIA RESIDUAL

Esta oficina comparte el criterio expresado por la Superintendencia de Servicios Públicos en comunicación 98130 en cuanto a que "... la Superintendencia ejerce por desconcentración funcional el control, inspección y vigilancia de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios y los demás servicios a los que se aplica la ley 142 de 1994 (...) Planteadas así las cosas, debe resaltarse que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios tiene como función principal ejercer únicamente el control, inspección y vigilancia sobre las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y/o actividades complementarias de que trata la ley de servicios públicos".

Así mismo tal como lo expresa el citado oficio, es clara la previsión legal según la cual, la Superintendencia de Sociedades, en ejercicio de la facultad de inspección, puede solicitar, confirmar, analizar en forma ocasional la información que requiera sobre la situación jurídica, contable económica y administrativa de cualquier sociedad comercial no vigilada por la Superintendencia Bancaria , al igual que adoptar, a solicitud de parte, las medidas administrativas enumeradas en el artículo 87 de la Ley 222 de 1995.

Tampoco tiene discusión, la competencia asignada, en forma exclusiva por la ley, a la Superintendencia de Sociedades para autorizar la disminución de capital cuando dicha reforma implique reembolso efectivo de aportes.

Por lo anterior, es plenamente clara la conclusión expresada en la comunicación referida conforme a la cual "...la Superintendencia de Sociedades puede practicar investigaciones administrativas,





así como también aprobar la disminución de capital cuando la operación implique un efectivo reembolso de aportes, al igual que adoptar cualesquiera de las medidas administrativas a que alude el artículo 87 de la Ley 222 de 1995".

**Si bien en tales planteamientos converge el criterio, no así en la conclusión que por el camino de la competencia residual lleva a afirmar que : "...Para el caso que nos ocupa los asuntos sometidos a consideración son actos sujetos a la inspección, control y vigilancia de esa Superintendencia ejercidos dentro del concepto de Supervisión subjetiva sin que desaparezca el denominado control objetivo que ejerce esta Entidad para garantizar la prestación adecuada y eficiente de los servicios públicos domiciliarios".**

Porque tal tesis riñe con anteriores planteamientos de la Superintendencia de Servicios Públicos[1] y de manera relevante con lo establecido en el artículo 51 del Decreto 548 de 1995 :

*[1] En este sentido, cabe tener en cuenta lo que acerca del origen y naturaleza de las funciones atribuidas a la SSP, ha expresado el tratadista doctor Hugo Palacios Mejía, en los siguientes términos:*
*"(...) Competencias en materia de servicios públicos*
*El legislador colombiano goza de amplia facultad para señalar casi todas las "competencias" en materia de servicios públicos y, en particular, en materia de servicios públicos domiciliarios.*
*En efecto, en los "estados de derecho" las competencias tienen siempre que ser expresadas, nunca son tácitas o sobre entendidas. De acuerdo con ello, en la Constitución, las únicas competencias absolutas en materia de servicios públicos domiciliarios, o similares, y por lo tanto, las únicas competencias que no puede modificar el Congreso, son las siguientes:*
*a.- Las del Congreso, para legislar sobre la materia (artículo 150, numeral 23°, y 367, 369 y 370 principalmente), y crear las reglas de intervención del Estado (artículo 334),*
*b.- La del Presidente, para ejercer inspección y vigilancia (artículo 189, numeral 22°) y para señalar políticas generales de administración y control de eficiencia (artículo 370)*
*c.- La de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, para colaborar con el Presidente en el control, inspección y la vigilancia de aquellos (artículo 370). (...)*
*(...) En todos los demás aspectos de los servicios públicos, por regla general, la Constitución concede amplia facultad al Legislador, no solo para asignar competencias, sino para proveer el régimen que estime conveniente (...) Las competencias en cuanto a servicios públicos domiciliarios y similares se refiere, serán pues, todas de origen legal (...) (La subraya y negrillas es nuestra)*
*Es así como se establece un control exclusivo en cabeza de la SSP quedando por fuera cualquier otro control, por esta razón la obligación del pago de contribución por concepto de inspección, control y vigilancia solo será con esta entidad.*
*El hecho de que una entidad se encuentre sometida a diversos controles generaría una coalición de competencias. Como es de conocimiento general la distribución de control entre las Superintendencias rompe la unidad de la vigilancia sobre las entidades prestadoras de servicios públicos y la priva de eficacia completa, pues es apenas natural que no siempre ambas tengan un mismo criterio sobre todos los aspectos o ángulos de la existencia y del funcionamiento de estas entidades o empresas."*
*En: ACTUALIDAD JURIDICA EN SERVICIOS PÚBLICOS, Superintendencia de Servicios Públicos Tomo I Junio de 1996 pág. 29° y 291*

**"Artículo 51.- Univocidad del Control, Inspección y Vigilancia.**

**Las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, mencionadas en el artículo 15 de la Ley 142 de 1994 y en el artículo 4 del presente Decreto, estarán sujetas a partir de la fecha de entrada en pleno funcionamiento de la Superintendencia, únicamente al control, inspección y vigilancia de ésta, con exclusión de la competencia que pueda atribuirse por normas generales a otras Superintendencias."**

**El principio de "univocidad", tiene su excepción en aquellas facultades en vigilancia atribuidas a la Superintendencia de Sociedades que no están expresamente señaladas como de competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos, tal como se desprende de lo previsto en el artículo 228 de la Ley 222 de 1995 en concordancia con el artículo 22 del Decreto 1080 de 1996.**

ARTICULO 22. COMPETENCIA RESIDUAL

Las facultades que de conformidad con el artículo 228 de la Ley 222 de 1995 le corresponde ejercer a la Superintendencia de Sociedades respecto de sociedades vigiladas por otras Superintendencias, son las consagradas en el artículo 84 de la misma ley.

El ejercicio de una o más de dichas facultades, no conllevará en ningún caso, el sometimiento de la respectiva sociedad a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades.

En todo caso, la Superintendencia de Sociedades podrá convocar a dichas sociedades al trámite de un proceso concursal, o promover la presentación de planes y programas encaminados a mejorar su situación crítica de orden jurídico, contable económico o administrativo, siempre que esta facultad no corresponda a la Superintendencia que ejerza la vigilancia de la sociedad"

En este orden de ideas, debe establecerse cuáles de las facultades de la Superintendencia de Sociedades en materia de vigilancia





(artículo 84 de la Ley 222 de 1995), no le han sido expresamente atribuidas a la Superintendencia de Servicios Públicos para obtener, por este mecanismo, el residuo al cual aplicar las previsiones del artículo 228 de la Ley 222 de 1995 y el artículo 22 del Decreto 1080 de 1996.

Así que se ha de consultarse la enumeración de tales atribuciones a la luz de las previsiones de la Ley 142 de 1994 y del Decreto 548 de 1996.

**84.1 Practicar visitas generales, de oficio o a petición de parte, y adoptar las medidas a que haya lugar para que se subsanen las irregularidades que hayan observado durante la práctica de éstas e investigar, si es necesario, las operaciones finales o intermedias realizadas por la sociedad visitada, con cualquier persona o entidad no sometida a su vigilancia.**

Facultad que está envuelta en las funciones especiales en relación con las entidades prestadoras de servicios públicos especialmente las consagradas en los literales a y g del artículo 6 numeral 1 del Decreto 548 de 1995.

"6.1.
(...)
a.- Vigilar y controlar el cumplimiento de las Leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados ; y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad."

"(...)
g.- Solicitar documentos, inclusive contables ; y practicar visitas, inspecciones y pruebas que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones. No obstante el Superintendente no está obligado a visitar las empresas sometidas a su vigilancia, o a pedirles informaciones sino cuando haya un motivo especial que lo amerite."

**De tal manera que esa atribución le corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos ; aunque como medida administrativa, que no competencia residual, expresamente atribuida a la Superintendencia de Sociedades pueda ésta una vez reunidos los requisitos exigidos en el artículo 87 de la Ley 222 de 1995, adelantar una investigación directamente en las oficinas de la sociedad, lo cual implicaría la práctica de una visita para dar cumplimiento a la actuación administrativa indicada para tales efectos.**

**84.2 Autorizar la emisión de bonos de acuerdo con lo establecido en la ley y verificar que se realice de acuerdo con la misma**

Del examen de las normas pertinentes es dable colegir que al no estarle esta función atribuida expresamente y en el evento en que una empresa de servicios públicos acuerde la emisión de bonos, correspondería en tal caso a la Superintendencia de Sociedades adelantar dicho trámite respecto de las empresas de servicios públicos.

**84.3 Enviar delegados a las reuniones de la asamblea general o junta de socios cuando lo considere necesario**

**Esta facultad que se entiende residual en la medida en que no ha sido atribuida expresamente a la Superintendencia de Servicios Públicos se encuentra prevista como medida administrativa (artículo 87 de la Ley 222 de 1995), así que procede en el evento en que un administrador de la sociedad o uno o más asociado que representen por lo menos el diez por ciento del capital social así lo soliciten a la Superintendencia de Sociedades.**

**84.4 Verificar que las actividades se desarrollen dentro del objeto social**

Conviene citar, en primer término el artículo 18 de la Ley 142 de 1994





"Artículo 18.- Objeto

La Empresa de Servicios Públicos tiene como objeto la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta Ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa.

Las Comisiones de Regulación podrán obligar a una Empresa de Servicios Públicos a tener un objeto exclusivo cuando establezcan que la multiplicidad del objeto limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario. En todo caso, las Empresas de Servicios Públicos que tengan cada uno de los servicios que presten ; y el costo y la modalidad de las operaciones entre cada servicio deben registrarse de manera explícita.

Las Empresas de Servicios podrán participar como socias en otras Empresas de Servicios Públicos ; o en las que tengan como objeto principal la prestación de un servicio o la provisión de un bien indispensable para cumplir su objeto, si no hay ya una amplia oferta de este bien o servicio en el mercado. Podrán también asociarse, en desarrollo de su objeto, con personas nacionales o extranjeras, o formar consorcios con ellas."

**Ahora bien, como la adecuada prestación del servicio público domiciliario, entendido como desarrollo propio del objeto social de la empresa, es del resorte exclusivo de la Superintendencia de Servicios Públicos y las Comisiones de Regulación, procede afirmar que no podría la Superintendencia de Sociedades efectuar ningún tipo de verificación a este respecto sin considerarse intromisión en la competencia de una autoridad administrativa.**

**84.5 Decretar la disolución, y ordenar la liquidación, cuando se cumplan los supuestos previstos en la ley y en los estatutos, y adoptar las medidas a que haya lugar**

**84.6 Designar al liquidador en los casos previstos por la ley.**

Artículo 61 L.S.P.D. Continuidad en la Prestación del Servicio

"Cuando por voluntad de los socios, por configurarse una causal de disolución o por decisión del Superintendente de Servicios Públicos, una Empresa de Servicios Públicos entre en proceso de liquidación, el representante legal o el revisor fiscal deberá dar aviso a la autoridad competente para que ella asegure que no se interrumpa la prestación del servicio. Si no se toman las medidas correctivas previstas en el artículo 220 del Código de Comercio, la liquidación continuará en la forma prevista en la Ley". (C.C. artículo 45 Decreto 548 de 1995)

"Artículo. 123. La liquidación de las empresas de servicios públicos se hará siempre por una persona que designe o contrate la Superintendencia ; el liquidador dirigirá la actuación bajo su exclusiva responsabilidad, y la terminará en el plazo que señale el Superintendente. El liquidador tendrá las facultades y deberes que corresponden a los liquidadores de instituciones financieras, en cuanto no se opongan a normas especiales de esta Ley". (C.C. artículo 48 del Decreto 548 de 1995)

Atribución que en aras de la protección de la prestación del servicio público ha sido prevista para que sea asumida por la Superintendencia de Servicios Públicos; por tal razón es dable afirmar que no se aplica el procedimiento de liquidación obligatoria previsto en la Ley 222 de 1995, para las empresas de servicios públicos.

**84.7 Autorizar las reformas estatutarias consistentes en fusión y escisión.**

Facultad que tendría la Superintendencia de Sociedades en todos los casos diferentes a los previstos en el artículo 73.13 y 73.14 de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, según los cuales, corresponde a las Comisiones de Regulación:

" 73.13.- Ordenar que una empresa de servicios públicos se escinda en otras que tengan el mismo objeto de la que se escinde, o cuyo objeto se limite a una actividad complementaria, cuando se





encuentre que la empresa que debe escindirse usa su posición dominante para impedir el desarrollo de la competencia en un mercado donde ella es posible ; o que la empresa que debe escindirse otorga subsidios con el producto de uno de sus servicios que no tiene amplia competencia a otro servicio que sí la tiene ; o, en general, que adopta prácticas restrictivas de la competencia" .

"73.14 Ordenar la fusión de empresas cuando haya estudios que demuestren que ello es indispensable para extender la cobertura y abaratar los costos para los usuarios".

**84.8 Convocar a reuniones extraordinarias del máximo órgano social en los casos previstos por la ley.**

Esta facultad le está atribuida a la Superintendencia de Servicios Públicos, de conformidad con lo previsto en los artículos 181 y 182 del ordenamiento mercantil, luego no corresponde a la Superintendencia de Sociedades.
ART. 181 (...)
Se reunirán también en forma extraordinaria cuando sean convocados por los administradores, por el revisor fiscal o por la entidad oficial que ejerza control permanente sobre la sociedad, en su caso" (Subrayas fuera de contexto)

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

La junta de socios o la asamblea se reunirá válidamente cualquier día y en cualquier lugar sin previa convocación, cuando se hallare representada la totalidad de los asociados.

Quienes conforme al artículo anterior puedan convocar a la junta de socios o a la asamblea, deberán hacerlo cuando lo solicite un número de asociados representantes de la cuarta parte o más del capital social" (Subrayas fuera de contexto).

Facultad para convocar que tendría la Superintendencia de Sociedades en los términos del artículo 87 de la Ley 222 de 1995, cuando quiera que las reuniones no se hayan realizado en las oportunidades previstas en la ley o en los estatutos.

**84.9. Autorizar la colocación de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto y de acciones privilegiadas.**

De la revisión de las normas sobre atribuciones de la Superintendencia de Servicios Públicos se establece que en la medida que no le está expresamente atribuida, entonces tal función, por competencia residual, se atribuye a la Superintendencia de Sociedades

**84.10 Ordenar la modificación de las cláusulas estatutarias cuando no se ajusten a la ley.**

El artículo 87 de la Ley 222 de 1995, señala que corresponde a la Superintendencia de Sociedades respecto de sociedades no vigiladas por Superintendencia Bancaria o de Valores, la orden para que se reformen cláusulas o estipulaciones que violen normas legales y establece a su vez un procedimiento en tales eventos, razón que lleva a firmar que es este el trámite para lograr tal finalidad. Así que no es por competencia residual sino por competencia expresa que esta entidad asume tal función en las circunstancias determinadas en dicha norma.

Sin embargo, si se trata de entidades descentralizadas cuyos estatutos no hayan sido aprobados por el Congreso, la orden para que se modifiquen sus estatutos será de competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos (parágrafo 1 del artículo 17 de la Ley 142 de 1994).

**84.11 Ordenar la inscripción de acciones en el Libro de Registro correspondiente, cuando la sociedad se niegue a efectuarla sin fundamento legal.**

Atribución que como no le está expresamente señalada a la





Superintendencia de Servicios Públicos corresponde de manera privativa a la Superintendencia de Sociedades.

**Conclusión**

Son atribuciones de la Superintendencia de Sociedades frente a las empresas de servicios públicos domiciliarios las siguientes:

I. Las facultades que por competencia residual, le corresponde así:

   a. Autorizar la emisión de bonos de acuerdo con lo establecido en la ley y verificar que se realice de acuerdo con la misma

   b. Autorizar las reformas estatutarias consistentes en fusión y escisión ; facultad que tendría la Superintendencia de Sociedades en todos los casos diferentes a los previstos en el artículo 73.13 y 73.14 de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, según los cuales, corresponde a las Comisiones de Regulación.

   c. Autorizar la colocación de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto y de acciones privilegiadas.

II. Las facultades que ejerza como medida administrativa y no por residuo, tal como lo previene el artículo 87 de la Ley 222 de 1995, cuando medie solicitud de uno o más asociados representantes de no menos del diez por ciento del capital social o, de uno de sus administradores

III. La autorización para disminuir el capital cuando implique un efectivo reembolso de aportes en todas las sociedades no vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

Sin que el ejercicio de tales facultades implique un desplazamiento de la inspección, vigilancia y control que sobre tales sociedades ejerce la Superintendencia de Servicios Públicos o una vigilancia concurrente o compartida sobre un mismo ente societario.

Finalmente, merece especial mención el mandato a título de competencia conferido a la Superintendencia de Servicios Públicos, por el artículo 79.15 de la Ley 142 de 1994, y especialmente a la Oficina Jurídica de dicho organismo, por el literal c) del artículo 21 del Decreto 548 de 1995.

79.15.- Dar conceptos no obligatorios, a petición de parte interesada, sobre el cumplimiento de los contratos relacionados con los servicios a los que se refiere esta Ley ; y hacer, a solicitud de todos los interesados, designaciones de personas que puedan colaborar en la mejor prestación de los servicios públicos o en la solución de controversias que puedan incidir en su prestación oportuna, cobertura o calidad.
Articulo 21. Oficina Jurídica.

A la Oficina Jurídica le corresponde desarrollar las siguientes funciones :

(...)
b.- Emitir conceptos sobre los asuntos jurídicos que se sometan a su consideración

**El primer contrato relacionado con la prestación del servicio público es aquél del que se origina la persona jurídica que contiene las reglas de su creación, existencia y terminación, y del cual se ha ocupado la Ley 142 de 1994, especialmente en lo que dice relación con el objeto social, nombre, duración, aumentos de capital, avalúo de aportes, aportes de bienes sujetos a registro, mayorías decisorias, emisión y colocación de acciones, la composición del capital, causales de disolución, liquidación, envío de actas y estados financieros a la Superintendencia de Servicios Públicos y la facultad para que ordene rectificaciones, ante otros. (Oficio 220-59248 junio 22 de 1999)**





## VIGILANCIA SOBRE SOCIEDADES DEDICADAS A LA CONSTRUCCIÓN Y ENAJENACIÓN DE INMUEBLES DESTINADOS A VIVIENDA

- El artículo 313 de la Constitución Política establece en su numeral 7° que es función de los concejos municipales reglamentar los usos del suelo y dentro de los limites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda.

- En concordancia con el mandato constitucional, el artículo 187 de la ley 136 de 1.994 establece que es función de los concejos municipales ejercer la inspección, vigilancia y control sobre la actividad urbanística.
En consecuencia, la Superintendencia de Sociedades a partir del 2 de diciembre de 1994 perdió competencia para ejercer la inspección, vigilancia y control sobre la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda.

- El artículo 82 de la ley 222 de 1995, establece que el Presidente de la República ejercerá por conducto de la Superintendencia de Sociedades, la inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales.

- En lo atinente a la vigilancia, el artículo 84 de la citada ley establece que tal atribución recae sobre las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencia, para que en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social se ajusten a la ley y los estatutos.

- El Decreto 3100 de 1997 se encarga de establecer las causales de vigilancia.

- El artículo 88 de la ley 222 establece que los recursos necesarios para cubrir los gastos que ocasione el funcionamiento de la Superintendencia, se proveerán mediante contribución a cargo de las sociedades sometidas a su vigilancia o control.

Es necesario llamar la atención en el sentido que la inspección, vigilancia y control que ejercen los Concejos Municipales recae sobre la actividad urbanística y no sobre el sujeto que la desarrolla.

Cuando la vigilancia se ejerce sobre la actividad de vivienda el artículo 13 del Decreto Ley 2610 de 1979 establece que las personas registradas pagarán una contribución como honorarios por su vigilancia mientras su registro permanezca vigente.

Es de resaltar que el ámbito de las funciones que está llamada a cumplir la Superintendencia y los municipios tiene fundamento constitucional y legal diferente, razón por la cual el ámbito de su competencia es distinto y en consecuencia el cobro de contribución de cada entidad corresponde a competencias diferentes.

**Lo anterior significa que si respecto de una sociedad comercial que se dedica a la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, se predica una cualquiera de las causales de vigilancia establecidas por el Decreto 3100 de 1997, estará sujeta a la vigilancia de la Superintendencia, sin que sea óbice el hecho de que sobre su actividad urbanística los municipios respectivos ejerzan la vigilancia que les atribuye la ley.** (Oficio 220- 677905 de diciembre 12 de 1997). Boletín 4 de 1998.

## EL DEBIDO PROCESO EN LA ACTUACION ADMINISTRATIVA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Un concepto del significado del debido proceso, como es el consagrado en el texto de la Sentencia de la Honorable Corte Constitucional No. T-521 de fecha diecinueve (19) de septiembre de 1992 nos enseña:

"El artículo 29 de la Constitución Política establece que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.





Colombia, como estado de derecho, se caracteriza porque todas sus competencias son regladas.

Por estado de derecho se debe entender el sistema de principios y reglas procesales según los cuales se crea y perfecciona el ordenamiento jurídico, se limita y controla el poder estatal y se protegen y realizan los derechos del individuo, por disposición de una norma.

Todo proceso consiste en el desarrollo de particulares relaciones jurídicas entre el órgano sancionador y el procesado o demandado, para buscar la efectividad del derecho material y las garantías debidas a las personas que en él intervienen.

La situación conflictiva que surge de cualquier tipo de proceso exige una regulación jurídica y una limitación de los poderes estatales, así como un respeto de los derechos y obligaciones de los individuos o partes procesales.

Es decir que cuando de aplicar sanciones se trata, el debido proceso es exigente en materia de legalidad, ya que no solamente pretende que el servidor público cumpla las funciones asignadas, sino que además lo haga en la forma que lo determina el ordenamiento jurídico.

El debido proceso es el mayor celo en el respeto de la forma en los procesos sancionatorios.

La verdad no se ha de investigar a cualquier precio, sino protegiendo a la persona con su dignidad, su personalidad y su desarrollo; es por ello que existe una estrecha relación entre el derecho procesal y el derecho constitucional.

(...)
El proceso moderno se caracteriza por una progresiva y paulatina ampliación de los derechos de defensa. Por esta razón las constituciones contemporáneas consagran en sus textos disposiciones específicas para la protección de esta garantía jurídico-procesal.

Los tratadistas contemporáneos de derecho administrativo, entre ellos García de Enterría y Ramón Parada, sostienen que *"los principios inspiradores del ordenamiento penal son aplicables, con ciertos matices, al derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal como lo refleja la propia Constitución".*

Así lo entendió el Constituyente de 1991 y en su artículo 29 se hace una clara determinación del debido proceso a toda clase de actuaciones administrativas, como ya lo ha señalado la Corte Constitucional.

Así el Código Contencioso Administrativo, en el artículo 35, dispone: *"Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.*

En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite..."

Por lo tanto, toda actuación administrativa deberá ser el resultado de un proceso en el que la persona tuvo la oportunidad de expresar sus opiniones así como de presentar las pruebas que demuestren su derecho, con plena observancia de las disposiciones procesales que lo regulen".

Igualmente la Sentencia No. T-361 de fecha 1º de Septiembre de 1993 de la misma Corte Constitucional explica:

**"El derecho de defensa está rodeado de una serie de garantías constitucionales entre las que se cuentan aquellas encaminadas a asegurar a las partes su intervención en todo proceso al término del cual puedan eventualmente resultar afectados sus derechos o intereses. Las notificaciones, citaciones o emplazamientos, de conformidad con lo dispuesto por la Ley, deben ser efectuadas de manera que sirvan a su finalidad, que no es otra que la de permitir al destinatario de la queja, acción o demanda, poder disponer**





**lo necesario para la defensa de sus derechos e intereses cuestionados"** (Negrillas fuera de texto).

En el mismo sentido la Sentencia No. T-022 de fecha veintinueve (29) de Enero de 1993: "Una lectura desprevenida de los antecedentes del artículo 29 de la Carta que consagra el debido proceso permite afirmar que fue voluntad expresa extender dicha garantía a todo tipo de actuaciones en que estén presentes disciplinas sancionatorias que involucren o afecten intereses esenciales de las personas, tales como su libertad o su patrimonio.

Esta clara posición coincide en esencia con la tesis expuesta por algunos tribunales extranjeros preocupados por las consecuencias de conducta de las personas de cuya apreciación pueda derivarse un resultado sancionatorio o delimitativo de sus derechos.

Porque no en vano el debido proceso es un derecho constitucional fundamental que no puede ser limitado ni suspendido aún en los denominados estados de excepción.

Este derecho ha sido reconocido en Colombia y por la comunidad internacional en documentos tales como la Declaración Universal de los derechos humanos, el pacto internacional sobre derechos sociales y políticos y la Convención Americana sobre derechos humanos, instrumentos todos los cuales se hallan vigentes y tienen fuerza vinculante, en virtud de lo dispuesto por el artículo 93 de la Carta de 1991..." (Auto 350-5764 julio 23 de 1998)

## COMPETENCIA DISCRECIONAL Y REGLADA

La actividad administrativa se desarrolla dentro del principio de legalidad, que consiste en que la administración está sujeta en su actividad al ordenamiento jurídico; los actos que dicte y las actividades que realice deben respetar las normas jurídicas, presupuesto básico del Estado de Derecho.

Por regla general los actos administrativos son reglados o motivados constituyéndose en una garantía para los administrados en orden a evitar irregularidades de exceso de poder, como son, la desviación de poder y la falsa motivación en la expedición del acto.

Se ha hablado de la discrecionalidad [1] como una característica de la actividad administrativa; el funcionario para cumplir su cometido tiene que moverse dentro de unas cambiantes circunstancias, adaptándose a las necesidades de los asociados. Esta discrecionalidad requiere cierto tipo de libertad en cuanto a la elección de la oportunidad y la conveniencia de la decisión administrativa.

"Hay poder o competencia discrecional cuando, en presencia de circunstancias de hecho determinadas, la autoridad administrativa es libre de tomar esta u otra decisión, tiene la escogencia entre estas decisiones; dicho de otra manera, cuando su conducta no le está dictada de antemano por el derecho. En cambio, hay competencia reglada cuando la ley ha previsto que frente a determinadas circunstancias de hecho el administrador debe tomar ciertas medidas, y ante otras circunstancias de hecho, otras medidas" [2]

La Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto así:

"(...) En ejercicio de la potestad reglada hay una mera aplicación obligada de la norma en la que la relativa discrecionalidad de la

[1] *"Art. 36.- En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa". C.C.A.*
[2] *VIDAL PERDOMO, Jaime, Derecho Administrativo. Biblioteca Banco Popular, Cali, pág. 295 y 396.*





decisión viene a estar supeditada por el postulado del buen servicio a la colectividad por parte del órgano competente para expedir el acto administrativo correspondiente".

"De esa manera, puede afirmarse que hay facultad con competencia discrecional cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, es decir (dentro de los límites que fija la ley) de adoptar una u otra decisión; es decir cuando su conducta no está previamente determinada por la ley".
"A contrario sensu hay competencia reglada cuando la ley ha previsto que frente a determinadas situaciones de hecho el administrador debe tomar las medidas a él asignadas de manera expresa y sujetas a las mismas(...)."

"(...) Dentro de la facultad discrecional el poder o la competencia no tiene prefijada su decisión de manera rígida, sino que en atención a la complejidad y variación de los factores de los asuntos sometidos a su jurisdicción, debe aplicar el precepto más adecuado y justo a la decisión concreta, ateniéndose a los objetivos fijados por la constitución y la ley, ajenos a su libre capricho. Tanto es así, que en los sistemas jurídicos más perfectos se ha introducido el recurso contencioso administrativo por desviación de poder contra aquellos actos discrecionales de la administración que se aparta de la finalidad del buen servicio a la colectividad y a los fines propios del Estado de derecho, que de conformidad con el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, constituye una de las causales de procedencia de la acción de nulidad de los actos administrativos(...)". [3]

## ACTUACIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia despliega sus facultades en desarrollo entre otros del artículo 87 numeral 5 de la ley 222 de 1995, que consagra que una vez adelantada la respectiva investigación y de acuerdo con los resultados, se decretarán las medidas pertinentes según las facultades asignadas por la ley.

[3] *C. Const. Sent. C-031, feb. 25/95. M.P. Hernando Herrera Vergara.*

Lo anterior no significa cosa diferente a que el Superintendente de Sociedades tiene la facultad de adoptar los correctivos que considere necesarios para conjurar las irregularidades que se encuentren, dentro de una investigación, y adoptar entre las diversas medidas que está facultado para imponer, la que considere suficiente y conveniente para que la sociedad se ajuste en un todo a la ley y a los estatutos.

## APLICACIÓN DE LA SANCIÓN

El Superintendente puede adecuar la extensión o intensidad de la sanción o medida administrativa dentro de los límites que la ley señala, para tomar la decisión que se ajuste a la realidad y gravedad de los hechos por él verificados, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada investigación; lo cual no implica de ninguna manera que pueda hacer uso en forma total y arbitraria de la facultad discrecional, por cuanto el marco legal que regula su actividad fija los límites y los parámetros dentro de los cuales emite sus decisiones, es decir, tiene libertad de definición dentro de los extremos que señala la ley, ya que sus facultades están estrictamente fijadas en ésta y que de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso pueden o no ser aplicadas.

Inclusive, si después de verificados los hechos susceptibles de sancionar, se determina que no hay lugar a la aplicación de una sanción, la administración puede abstenerse de aplicar la norma, dado que no se verificaron las circunstancias descritas en el precepto legal que serían el fundamento para su aplicación. Puede suceder también que lo pertinente para solucionar el conflicto que individualiza la Superintendencia no sea la aplicación de una sanción pecuniaria. (Resolución 350-2829 de octubre 29 de 1997)





# APROBACIÓN DE AVALÚOS DE APORTES EN ESPECIE EN SOCIEDADES VIGILADAS Y CONTROLADAS

El texto del artículo 132 del Código de Comercio fue modificado con la expedición del Decreto 2155 de 1992 y la Ley 222 de 1995, en primer lugar, porque el citado Decreto suprimió la necesidad de obtener permiso de funcionamiento para el caso de la constitución de sociedades, y por su parte la Ley 222 de 1995, en sus artículos 84 y 85 numeral 8º. define los conceptos de vigilancia y control sobre una sociedad y las atribuciones derivadas de esas dos situaciones, **precisando que únicamente para el caso de presentarse una situación de control, una de las facultades indicadas en el numeral mencionado es que la Superintendencia de Sociedades debe aprobar el avalúo de los aportes en especie, por lo anterior, podemos concluir que la aprobación previa del avalúo de los aportes en especie al capital social por parte de esta Superintendencia, únicamente es obligatoria para el caso de las Sociedades Controladas y no se exige para el caso de sociedades vigiladas** (Lo anterior es extensivo al caso de la fusión y la escisión).

Por su parte tenemos que vigilancia y control son dos de los tres niveles de intervención que esta Entidad ejerce sobre las sociedades comerciales, precisamente la Ley 222, en su afán de clarificar los conceptos de Inspección, Vigilancia y Control, trae una precisa definición de cada uno de estos niveles de intervención en su Capítulo IX; el artículo 84 define **LA VIGILANCIA**, como la "atribución de la Superintendencia de Sociedades para velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras Superintendencias, en su formación, y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la Ley y a los estatutos. La vigilancia se ejercerá de forma permanente.

Estarán sometidas a vigilancia, las sociedades que determine el Presidente de la República, también estarán vigiladas aquellas sociedades que indique la Superintendencia cuando del análisis de la información señalada en el artículo anterior o de la práctica

de una investigación administrativa, establezca que la sociedad incurre en cualquiera de las siguientes irregularidades

a) Abusos de su órganos de dirección, administración o fiscalización, que impliquen el desconocimiento de los derechos de la asociados o violación grave o reiterada de las normas legales o estatutarias.
b) Suministro al público, a la Superintendencia o a cualquier organismo estatal, de información que no se ajuste a la realidad.
c) No llevar contabilidad de acuerdo con la Ley o con los principios de contabilidad generalmente aceptados.
d) Realización de operaciones no comprendidas en su objeto social..."

En este nivel corresponde a la Superintendencia, entre otros, practicar visitas, autorizar emisiones de bonos, autorizar las reformas estatutarias consistentes en fusión y escisión, verificar que las actividades que desarrolla la sociedad estén dentro del objeto social, decretar la disolución y ordenar la liquidación de la misma y designar liquidador en los casos previstos en la ley, convocar al máximo órgano a reuniones extraordinarias, autorizar la colocación de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto y de acciones privilegiadas, ordenar la modificación de las cláusulas estatutarias cuando éstas no se ajusten a la ley y ordenar la inscripción de acciones en el libro de registro correspondiente.
El artículo 85 de la Ley 222 de 1995, define **EL CONTROL** como: "...la atribución de la Superintendencia de Sociedades para ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad comercial no vigilada por otra Superintendencia cuando así lo determine el Superintendente de Sociedades mediante acto administrativo de carácter particular..."

El nivel de control sólo se ejerce sobre sociedades que se encuentren en situaciones críticas y respecto de las cuales se podrá ejercer un mayor número de facultades, en orden a lograr la pronta recuperación de las empresas que se encuentren en tal situación, tales como, promover la presentación de planes y programas





encaminados a mejorar la situación que hubiere originado el control y vigilar la cumplida ejecución de los mismos, autorizar la solemnización de toda reforma estatutaria, autorizar todas las colocaciones de acciones, ordenar la remoción de los administradores, revisor fiscal y empleados, cuando se presenten irregularidades que así lo ameriten, conminar bajo apremio de multas a los administradores para que se abstengan de realizar actos contrarios a la ley, los estatutos, las decisiones del máximo órgano social o junta directiva, efectuar visitas especiales, convocar a la sociedad al trámite de un proceso concursal y aprobar el avalúo de los aportes en especie (El subrayado es nuestro.- Oficio 220-402 enero 8 de 1998 - Boletín Jurídico No 2 de 1998)

# CONSORCIOS

## DEFINICIÓN DE CONSORCIOS EMPRESARIALES DIFERENCIAS CON LAS SOCIEDADES COMERCIALES

El consorcio empresarial es una figura en virtud de la cual varias personas, naturales o jurídicas, unen sus esfuerzos, conocimientos, capacidad técnica y científica para la gestión de intereses comunes o recíprocos, y aunque parte de una base asociativa no hay socios propiamente dichos, sino un modelo de colaboración para la ejecución de uno o varios proyectos, pero cada uno de los asociados conservando su independencia, y, asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

El consorcio, no genera una sociedad mercantil, como quiera que no se dan los elementos esenciales del contrato de sociedad cuales son, el acuerdo de voluntades en torno a la realización de cierta actividad económica, la obligación de hacer aportes y el propósito de distribuirse las utilidades que se obtengan; presentes estos elementos y celebrado este contrato por escritura pública, la compañía forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados. El consorcio, a contrario sensu, es un grupo económico utilizado como un instrumento de colaboración entre las empresas cuando requieren asumir un proyecto económico de gran envergadura, permitiéndoles de algún modo distribuirse riesgos, aunar recursos financieros y tecnológicos, fortalecer sus equipos, y aunque su responsabilidad es solidaria respecto de todas y cada una de sus obligaciones, cada una conserva su independencia jurídica.

Esta figura cada vez toma mayor importancia entre los empresarios para el desarrollo de la economía, pues se ha comprobado que unidos los esfuerzos y capitales se obtienen mejores y mayores resultados de los que pudieran lograrse con la simple actividad individual, a más de que facilita soportar la competencia.





En Colombia son pocas las manifestaciones de orden legal sobre el tema de los consorcios, de ahí que cuando se pretende desarrollar un contrato semejante, esto es, el de unir esfuerzos para la realización de obras o prestación de servicios, se apela a diferentes figuras jurídicas tradicionales en pos de darles algún tipo de ubicación legal para su manejo respectivo. Sobre este aspecto conceptúa el doctor Jaime A. Arrubla P., en su libro Contratos Mercantiles Tomo II -Contratos atípicos- 2a edición, 1.992. Págs.291 y 293, que "El consorcio, es un concepto indefinido en nuestra legislación y al que se le ha dado el tratamiento de sociedades de hecho. Sin embargo, el consorcio no es un contrato de sociedad, ni de cuentas de participación. El consorcio es una figura contractual atípica en Colombia , que puede ubicarse como una especie de los denominados por la doctrina, contratos de colaboración empresarial.",

Sin embargo el hecho mismo de no haberse definido en nuestra legislación el contrato de consorcio, no obsta para que podamos concluir que es un acuerdo de voluntades por medio del cual dos o más personas naturales o jurídicas se comprometen a poner los medios necesarios y adecuados tendientes a posibilitar o desarrollar una actividad económica por un tiempo determinado, cuyas características más importantes podemos resumirlas así :

a) Son agrupaciones de empresas que ejercen una actividad económica afín, conexa o complementaria, que unen sus esfuerzos en un ánimo de colaboración para la gestión de intereses comunes o recíprocos.

b) Estas agrupaciones no tienen personalidad propia, como quiera que cada una de las empresas conservan su propia personalidad e independencia jurídica.

c) la responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones contractuales es solidaria.

d) Pueden constituir un fondo común para sufragar los gastos generados en desarrollo del contrato.

e) Al no haberse regulado, el consorcio tendrá las limitaciones que se hayan estipulado en el contrato, sin perjuicio de aquellas que la ley prevé para la realización de ciertos actos jurídicos, así como las que estatutariamente se hayan previsto en los estatutos de cada una de las empresas unidas en esa relación contractual.

**Dilucidada la figura del consorcio podemos concluir que si bien el consorcio puede surgir de la unión de una o varias sociedades vigiladas por esta Entidad, no por ello se extiende su vigilancia a esa unión consorcial, pues como lo habíamos esbozado anteriormente, nuestra competencia sólo recae sobre las *sociedades mercantiles* que se hallen en alguna de alguna de las causales previstas por la ley para tal efecto, y los consorcios, como lo expresamos, sencillamente *no clasifican como sociedades,* circunstancia definitiva que sustrae de nuestro conocimiento a estas organizaciones, a más de que no existe norma legal que nos arrogue competencia alguna sobre las mismas.**

**Cosa diferente sucede con las *sociedades administradoras de consorcios comerciales,* respecto de las cuales la ley le confió expresamente a esta Superintendencia la función de inspección y vigilancia sobre las mismas, como se colige del Decreto 1941 de 1986. (Oficio 220- 60225 noviembre 12 de 1997).**

## EN LAS LICITACIONES QUE SE ADELANTEN CON LAS ENTIDADES ESTATALES, SE ACEPTAN COMO PROPONENTES A LOS CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES

En atención a lo establecido en la ley 80 de 1993, se pueden presentar propuestas en unión temporal o consorcio.

Sobre el particular, es pertinente realizar las siguientes precisiones :





1) La ley 80 del 28 de octubre de 1993, "por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", en su artículo 7, para efectos de la aplicación de la citada ley, define lo que se entiende como Consorcio y Unión Temporal, así :

"Consorcio : Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman".

"Unión Temporal : Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal"
"....."

2) Respecto de la capacidad para contratar es claro que "pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales...." ( artículo 6 de la citada ley 80).

3) En virtud del principio de transparencia, el artículo 3 del Decreto 679 del 28 de marzo de 1994, "por el cual se reglamenta parcialmente la ley 80 de 1993", en su artículo 3, con respecto a los pliegos de condiciones en relación con los Consorcios y Uniones Temporales, dispone :

"De los consorcios y la unión temporal. De conformidad con el numeral 5, literal a), del artículo 24 de la ley 80 de 1993, en los

pliegos de condiciones o términos de referencia **podrán** establecerse los requisitos objetivos que deban cumplirse para efectos de la participación de consorcios o de uniones temporales" ( el resaltado es nuestro).

4) A su vez, el Decreto 287 del 9 de febrero de 1996."Por el cual se reglamentan los artículos 24, 25, 29 y 30 de la Ley 80 de 1993", en la parte final del artículo 6 que se refiere a cuando no se puede declarar desierta una licitación de manera categórica advierte que ".....La entidad estatal tampoco podrá prohibir la participación de consorcios o uniones temporales".

**Consecuentes con lo anotado, se puede afirmar que las disposiciones legales atinentes a la contratación de la Administración Pública, permiten que en las licitaciones que se adelanten con las Entidades Estatales, se presenten propuestas por los consorcios y uniones temporales.**

**Valga anotar que no es indispensable que en el pliego de condiciones de una licitación pública, se consagre de manera expresa la posibilidad que tienen los consorcios y uniones temporales de acceder a la misma. Es claro que en silencio de éste, se va a lo que dispongan sobre el particular las disposiciones correspondientes. (Oficio 220- 15871 abril 15 de 1998)**





# DENOMINACIÓN - RAZÓN SOCIAL

## NO ES FACTIBLE UTILIZAR EN LA DENOMINACIÓN SOCIAL EXPRESIONES PROPIAS DE LA ACTIVIDAD FINANCIERA.

De acuerdo con el artículo 1º. del Decreto 1997 de 1.988, «Sólo podrán utilizar en su nombre comercial sustantivos que indiquen genérica o específicamente el ejercicio de una actividad financiera, o adjetivos y abreviaturas que la costumbre mercantil reserve a instituciones financieras, las entidades que, debidamente autorizadas tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado, así como las sociedades dedicadas a la realización de operaciones de arrendamiento financiero o «leasing» o de compra de cartera o «factoring»...»

Esto es, que sólo las entidades cuyo objeto está dirigido a ciertas actividades de tipo financiero están facultadas para utilizar denominaciones que las identifican en razón de su actividad, observándose de su contexto, que de no estar dentro de las autorizadas por ley les está terminantemente prohibido hacerlo.

De la norma transcrita podemos observar, que en efecto la ley es enfática en prohibir la utilización de ciertos vocablos permitidos únicamente a entidades financieras debidamente autorizadas, como quiera que ello puede inducir a engaños a terceras personas respecto de la verdadera naturaleza de la sociedad y por ende de las facultades para desempeñar una actividad de tipo financiero.

Indicó sobre este aspecto la Superintendencia Bancaria, refiriéndose al Decreto 1997 que «*Precisamente para evitar tal situación, el Decreto 1997 ha regulado la utilización de denominaciones que puedan confundir al público sobre la naturaleza de la actividad que se desarrolla con ellas, de manera general; se trata de evitar que empresas que no se dedican profesionalmente al manejo o aprovechamiento y la inversión de*

*los fondos provenientes del ahorro privado, vale decir, que no son intermediarios financieros, dedicados a captar recursos de unidades supravitarias para colocarlos en unidades deficitarias, o que no se dedican al arrendamiento financiero o «leasing», o a la compra de cartera, o «factoring» hagan creer a los terceros que se dedican a tales actividades, mediante la utilización de nombres que inducen a dicha confusión»*

*(...)*

*La ley ha previsto que la actividad de manejo o aprovechamiento e inversión de los fondos provenientes del ahorro privado debe ser desarrollada en Colombia por establecimientos de crédito e inversionistas institucionales; entre los primeros se cuentan los establecimientos bancarios, que a su vez se dividen en bancos comerciales y bancos hipotecarios; las corporaciones financieras....-*

*«Significa lo anterior que las denominaciones «banco», «corporación financiera...identifican el ejercicio de una actividad financiera, y, por consiguiente, sólo pueden utilizar dichas denominaciones las entidades que están debidamente autorizadas para desarrollar tales actividades.»*

*«Esta primera aproximación permite así mismo inferir, que los sustantivos, adjetivos o abreviaturas que tienden a confundirse con las denominaciones genéricas señaladas quedan en principio comprendidas dentro de las denominaciones que deben observar las Cámaras de Comercio, pues indican genéricamente el ejercicio de una actividad financiera, o están reservadas a instituciones financieras.»*

*«...quedan incluidas en las previsiones del Decreto 1997 de 1.988 los sustantivos, adjetivos o abreviaturas que, utilizados en el nombre comercial, hacen presumir que la entidad respectiva realiza (ilegalmente) actividad financiera, entendida como el manejo o aprovechamiento e inversión de fondos provenientes del ahorro privado o, si se quiere, intermediación financiera, en los términos descritos con anterioridad. Es éste el parámetro*





*objetivo que informa las obligaciones impuestas a las Cámaras de Comercio y define el análisis que las mismas deben realizar sobre el particular.»...*

*La Superintendencia no puede ser exhaustiva al respecto, pues no cabe en esta materia listados taxativos que definan previamente los alcances de un Decreto que debe ser analizado teniendo en cuenta sus propósitos, máxime cuando no resulta exótico pensar que, ante la identificación de expresiones vedadas, resulten nuevas palabras a través de las cuales se trata de cumplir el fin reprochado...»*

Así las cosas si una denominación sugiere una actividad financiera, rayando por lo tanto en la prohibición a que alude el ya citado Decreto 1997, no es dable su inscripción en el registro mercantil. (Oficio 220-62455 octubre 2 de 1998 y 87596 septiembre 22 de 1999).

## CONSECUENCIAS DEL EMBARGO DE LA RAZÓN SOCIAL

Se refiere el Despacho a las consecuencias legales de la acción judicial denominada embargo de la razón social, para tal efecto se permite hacer las siguientes consideraciones:

**1- Definición de razón social.**

La *razón social* de todo ente asociativo dice relación al nombre comercial que adopta una compañía para individualizarse y diferenciarse de las demás, y constituye el medio por el cual es conocida por el público y actúa frente a terceros, en los términos como lo define el artículo 583 del Código de Comercio. Se forma con los prenombres y apellidos o con los apellidos de todos o algunos o varios de los socios, y se diferencia de la *denominación social* en que en ésta el nombre se toma de los negocios o actividades que constituyen el objeto de la sociedad. Por su parte, la *firma social* hace referencia a la razón social puesta al pie de un documento, que comporta el asentimiento de la compañía para obligarse u obligar contractualmente.

De conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 110 del Código de Comercio, en la escritura pública de constitución de una sociedad comercial se expresará la clase o tipo de sociedad que se constituye y el nombre de la misma, formado como se dispone en relación con cada uno de los tipos de sociedad regulados.

Así, en la sociedad colectiva, por ser eminentemente personalísima, debe identificarse siempre la razón social o nombre colectivo de los socios que podrá ser el nombre completo de alguno o algunos de los socios, o la combinación abreviada de los apellidos de ellos. En la sociedades comanditarias solo se admite la razón social formada con el nombre completo o el solo apellido de uno o más socios gestores y se agrega la expresión "& Cía.", seguida en todo caso de la indicación "S. en C." o "S. C. A." dependiendo si es simple o por acciones. En la sociedad de responsabilidad limitada también se admite el uso de la razón social o la denominación social, seguida siempre de la palabra "Limitada" o de la abreviatura "Ltda." Por el contrario, en las sociedades anónimas no se justifica la utilización del nombre del accionista para identificarlas, pues la fácil transferencia de las acciones implica que no tenga importancia que se anuncie con el nombre de estos.

Ahora bien, desde el punto de vista económico, contable y jurídico la razón social o nombre comercial puede ser objeto de valoración y otorga a sus titulares la posibilidad de proteger su uso y ejercer las acciones para impedir el uso por parte de terceros y reclamar indemnización de perjuicios.

De otra parte, resulta conveniente advertir que la razón social no forma parte de los establecimientos de comercio de la sociedad, conforme a lo establecido en el artículo 309 en concordancia con el 608, ambos del Código de Comercio.

**2- Naturaleza jurídica del embargo.**

Sea lo primero señalar que el embargo constituye un acto jurisdiccional por excelencia, que tiene como finalidad colocar un





bien fuera del comercio en forma tal que una vez ordenado y practicado se obtiene su inmovilización en el mundo jurídico, por cuanto devendrá en objeto ilícito la enajenación o el gravamen del bien embargado, conforme lo establece el numeral 3 del artículo 1521 del Código Civil.

Sobre su naturaleza jurídica los doctrinantes del derecho han elaborado diversas teorías, como aquella que lo considera un acto procesal de instrucción, o derecho real de carácter procesal del embargante y paralelamente una potestad real del juez[1], así como la que la considera "una inyunción, es decir, es una orden que el oficial judicial, como órgano de la función jurisdiccional, dirige al obligado ejecutado o al tercero, de abstenerse de cualquier acto encaminado a sustraer a la realización coactiva aquellos bienes que serán objeto de dicha realización coactiva."[2]

Independientemente de las teorías que sobre el particular abunden en el escenario jurídico, lo significativo para el caso particular que ocupa este pronunciamiento, es que la medida de embargo de bienes supone una limitación al ejercicio de su libre disposición.

En consecuencia, el embargo de la razón social o nombre comercial, implica la imposibilidad para transferirlo o gravarlo a cualquier título.(Oficio 220-87596 septiembre 22 de 1999)

*[1] Guasp Jaime, derecho pro0cesal civil, 3 De. T.I, Madrid 1968, pág.420, citado por López Blanco Hernán Fabio en Derecho Procesal Civil Colombiano, 7 De., T.I, pág. 1035.*
*[2] Rocco Hugo, Tratado, ob.cit.,T.IV, pág.178 y 179, en Idem.*

# DERECHO DE INSPECCIÓN

## ALCANCE DEL DERECHO DE INSPECCIÓN

El Derecho de Inspección es un derecho inherente a la calidad de socios, el cual se encuentra consagrado de manera expresa en los artículos 369 y 447 de la Legislación Mercantil y en el artículo 48 de la Ley 222 de 1995, el cual consiste en la facultad de que disponen todos los asociados de una compañía de examinar, directamente o mediante persona delegada para tal fin, los libros y comprobantes de la sociedad, con el fin de enterarse de la situación administrativa y financiera de la compañía en la cual realizaron sus aportes.

Ahora bien, el ejercicio del derecho de inspección tiene su término para llevarlo a cabo, el cual esta previamente establecido para cada tipo de sociedad. En efecto, tenemos como en las sociedades por acciones, entendiendo dentro de éstas a las sociedades en Comandita por Acciones y las Anónimas, el mencionado derecho solo es posible ejercitarlo dentro de los 15 días hábiles anteriores a la reunión en la cual el máximo órgano social considere los respectivos estados financieros. En lo que respecta a las sociedades Colectivas, Comandita Simple y de Responsabilidad Limitada, éste puede ejercerse en cualquier momento sin limitación alguna.(artículos 314, 328, 369 y 422 de la Legislación Mercantil).

La Superintendencia refiriéndose al Derecho de Inspección y a lo que él puede conllevar ha expresado que "Este derecho desde luego no tiene carácter absoluto, como quiera que no puede convertirse en un obstáculo permanente que atente contra la buena marcha de la empresa (por lo que resulta viable su reglamentación), como tampoco extenderse según las voces del artículo 48 de la Ley 222 de 1995, a documentos que versen sobre asuntos industriales o cuando se trate de datos que puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad".

"Ahora, en buen uso de la información, esto es, sin romper con los parámetros permitidos por la ley en lo que al ejercicio de este





derecho se refiere, no está demás hacer referencia a la viabilidad de acceder a fotocopias de tales documentos, a lo cual vale decir, que en otra oportunidad ya se había pronunciado esta Superintendencia (Oficio N: 220-63283 del 28 de Diciembre de 1995) " La libertad del asociado según las voces del artículo 369, es la de examinar, vocablo este, que no tiene una connotación diferente a la de escudriñar con cuidado y diligencia el tema de su interés, pero no va más allá de una simple inspección; esto es, que el asociado no puede, con base en la norma en comento, reclamar a los administradores de la sociedad, nada distinto: sacar fotocopias o exigirlas, supera el derecho allí consagrado...", lo cual no obsta, como también se expuso en la misma oportunidad "...para que en un momento dado la junta de socios, máximo órgano social, determine la viabilidad de conceder cierta libertad a favor de los asociados, para que al examinar los distintos papeles de la empresa en el ejercicio del derecho de inspección, se les permita sacar directamente o solicitar a la administración las fotocopias que a bien tengan". (Oficio 220-30201 del 16 de abril de 1999).

De otra parte, debe tenerse en cuenta que conforme con lo establecido en la parte final del artículo 48 de la Ley 222 de 1995, "Los administradores que impidieren el ejercicio del derecho de inspección o el revisor fiscal que conociendo de aquel incumplimiento se abstuviere de denunciarlo oportunamente, incurrirán en causal de remoción. La medida deberá hacerse efectiva por la persona u órgano competente para ello o, en subsidio, por la entidad gubernamental que ejerza la inspección, vigilancia o control del ente".

En este orden de ideas, tenemos entonces que si bien los asociados gozan del derecho de inspección que de manera expresa les concede la ley, es claro que no por ello pueden excederse en su ejercicio, en cuanto se refiere a lesionar los derechos de otros, como tampoco pueden so pretexto de llevar a cabo su ejercicio, poner en peligro el funcionamiento de la empresa, y en consecuencia cualquier acceso a determinados documentos o fotocopias de los mismos queda sometido a la voluntad de los asociados (Oficio 220- 81029 agosto 31 de 1999)

## EL DERECHO DE INSPECCIÓN Y SU APLICACIÓN EN LOS DISTINTOS TIPOS DE SOCIEDADES CONTEMPLADAS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

Son fundamentales los aportes que en materia de derecho de inspección realizó el artículo 48 de la Ley 222 de 1995, que obligan a desagregar su contenido para ilustrar con más precisión los avances obtenidos.

1. El artículo 448 de la Ley 222 de 1995, reitera lo ordenado por el ordenamiento mercantil en diferentes disposiciones que erigen en derecho esencial del socio de inspeccionar los libros y papeles de la sociedad, integrándolo al marco normativo particular de cada tipo societario.

   Así, en la sociedades colectivas, el artículo 314 del Código de Comercio, faculta para que en cualquier tiempo, los socios hagan uso de su derecho de inspección sobre los libros y papeles de la sociedad, regla que se aplica a los socios colectivos en las comanditarias.

   Cuando se trata de un socio comanditario, su derecho de inspección no tiene límite en el tiempo, salvo que tenga un establecimiento o sea socio de una compañía dedicada a las mismas actividades, caso en el cual pierde su derecho a examinar los libros sociales (Artículo 328 C. Co.).

   Si se está en presencia de una sociedad de responsabilidad limitada entonces el socio tiene el derecho de inspección en cualquier tiempo, por sí o por representante, sobre la contabilidad, los libros de registro de socios y actas y en general de todos los documentos de la compañía (Artículo 369 C. Co)

   Finalmente, y en las sociedades anónimas, el derecho de inspección responde en cuanto al tiempo de su ejercicio a lo exigido en los artículos 379 y 422 del ordenamiento mercantil, que lo ubica en los quince días anteriores a la asamblea en que se examinen los balances de fin de ejercicio.





   Ahora bien, el artículo 48 de la Ley 222 de 1995, reconoce límites al derecho de inspección en cuanto a la materia misma sobre la cual se ejerce esta facultad, y restringe de la información a los socios colectivos, comanditarios, de responsabilidad limitada o accionistas, los documentos que versen sobre secretos industriales (Decisión 344 de 1993 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena), o cuando se trate de documentos que de ser divulgados puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad.

2. En forma expresa señaló como lugar de ejercicio del derecho, las oficinas de la administración de la sociedad que funcionen en el domicilio principal de la sociedad, y evita definitivamente distorsiones por la ausencia de regulación en la materia. Claro está que la doctrina ya había hecho un reconocimiento al respecto interpretando en forma sistemática el ordenamiento mercantil.

3. Adopta un mecanismo ágil para la solución de controversias que se susciten en relación con el derecho de inspección y otorga competencia para dirimirlo a la entidad que ejerza la inspección, vigilancia o control para resolverlas, y procurar, si fuere el caso, su ejercicio.

4. El administrador y el revisor fiscal que propicie o cohoneste el desconocimiento del derecho de inspección puede ser sujeto de la remoción del cargo en la sociedad, para lo cual, el artículo 48 de la Ley 222 de 1995 otorga competencia a un órgano del mismo ente, y en subsidio podrá hacerla efectiva la entidad gubernamental que ejerza la inspección, vigilancia o control.

De otra parte, y en consideración a que en su escrito señala dos circunstancias especiales como preámbulo de su consulta, esta oficina estima conveniente referirse al objeto del derecho de inspección, especialmente en cuanto a estados financieros se refiere, y a la calidad de gerente general que ostenta un accionista en una compañía competidora, circunstancia que no impide el derecho de inspección.

El artículo 447 del Código de Comercio señala que los documentos indicados en el artículo 446 ibídem, junto con los libros y demás comprobantes exigidos por la ley, deberán ponerse a disposición de los accionistas en las oficinas de la administración, durante los quince días hábiles que preceden a la reunión de la asamblea.

A su vez el artículo 446 obliga a la junta directiva y al representante legal presentar a la asamblea para su aprobación o improbación el balance de cada ejercicio acompañado de los siguientes documentos:

1. Estado de pérdidas y ganancias;
2. Un proyecto de distribución de utilidades;
3. Informe de la junta directiva sobre la situación económica y financiera de la sociedad que debe contener entre otros: el detalle de los egresos por concepto de salarios, honorarios, viáticos, gastos de representación, bonificaciones, prestaciones en dinero y en especie, erogaciones por concepto de transporte que hubieren recibido los directivos de la sociedad, las erogaciones realizadas a favor de asesores o gestores, transferencias de dinero y demás bienes a título gratuito, gastos de propaganda, inversiones en otras sociedades, dineros y bienes de la sociedad en el exterior;
4. Informe escrito de gestión del representante legal;
5. Y, el informe del revisor fiscal.

La norma citada se encuentra en concordancia con el artículo 46 de la Ley 222 de 1995 y el artículo 21 del D.R. 2649 de 1993. El primero de ellos, impone como obligación a los administradores el presentar a la asamblea o junta de socios para su aprobación o improbación, entre otros documentos, los estados financieros de propósito general, junto con sus notas, cortados a fin del respectivo ejercicio. Y, la segunda previsión define el término estados financieros de propósito general como "... aquellos que se preparan durante el transcurso del período para ser conocidos por usuarios indeterminados, con el ánimo principal de satisfacer el interés común del público en evaluar la capacidad de un ente económico para generar flujos favorables de fondos. Se deben caracterizar





por su concisión, claridad, neutralidad y fácil consulta" (Subrayas fuera de contexto).

De igual forma, la ley se encarga de garantizar que sean conocidos por todo tipo de usuario y para tal efecto obliga a que dentro del mes siguiente a la fecha en la cual sean aprobados, se depositen junto con sus notas y el dictamen correspondiente, si lo hubiere, en la cámara de comercio del domicilio social, entidad que podrá expedir copia de los mismos a quien lo solicite, sin hacer ninguna distinción.

En consecuencia, la ley ha determinado que los datos que se consignan en estados financieros de propósito general no son susceptibles de contener información que de conocerse genere ningún tipo de perjuicio para la sociedad; por el contrario, es clara la intención que dicha información sea conocida no sólo por quien ostente la calidad de accionista sino por cualquiera que la requiera, por ejemplo para invertir en ella, para convertirse en su proveedor o para conceder un préstamo.

Por tal razón es pertinente afirmar que los administradores se encuentran en la obligación de garantizar los medios idóneos para el ejercicio del derecho de inspección dentro del término establecido en la ley, y suministrar la información contenida en los estados financieros de propósito general, tal y como quedó señalado.

En consecuencia, salvo las limitaciones que para gestores en las comanditarias y para los socios de responsabilidad limitada se consagran, no existe disposición en virtud de la cual se restrinja el derecho de inspección cuando el accionista ostente la calidad de representante legal de una compañía que desarrolla un objetos social similar a aquélla. (Oficio 220- 6397 enero 28 de 1999)

# DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN

## CUÁNDO SE CONCRETA EL PUNTO DE PARTIDADE LOS SEIS MESES QUE OFRECE LA LEY PARA ENERVAR LA CAUSAL DE DISOLUCIÓN POR PÉRDIDAS

Esta Superintendencia luego de un nuevo análisis de las normas que versan sobre la materia, y consciente de la complejidad que ella comporta, considera que no es suficiente que se determine la ocurrencia de las pérdidas en una sociedad en la proporción que determine la ley como causal de disolución para empezar a contabilizar los seis (6) meses que ofrece para enervarla, sino que es necesario que el órgano social conozca la novedad para que tenga así la posibilidad de determinar la suerte del ente jurídico, pues no sería sensato ni coherente con el espíritu del legislador plasmado en la norma, que éste se viera abocado a su disolución y posterior liquidación antes de que la asamblea o junta de socios conociera la situación en pos de ejercer la facultad indelegable que la misma ley le otorga de determinar si en ese evento opta por dar fin a la empresa, o en su lugar adopta los correctivos que permitan su continuación, decisión que se repite, es de su exclusiva competencia .

Tan es así, que en el artículo 458 del Código de Comercio prevé que cuando se verifiquen pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito, «...los administradores se abstendrán de iniciar nuevas operaciones y convocarán a la asamblea general, para informarla completa y documentadamente de dicha situación...»

Y es que, tal y como se esbozó en su oportunidad mediante oficio 220-030971 del 18 de mayo de 1995 cuya parte pertinente viene al caso reproducir: «...*después de analizar con detenimiento los pronunciamientos sobre el tema, es necesario interpretar las normas de tal manera que en ningún caso se desvirtúen las finalidades que el legislador plasmó para asegurar que el interés general siempre esté adecuadamente protegido.*





*Por tal motivo, del inciso segundo del artículo 220 ídem, según el cual «...los asociados podrán evitar la disolución...», del artículo 221 cuando dice que la Superintendencia de Sociedades podrá declarar de oficio la disolución «si los asociados no lo hacen oportunamente», del artículo 458 al imponer la obligación a los administradores de que una vez verificadas las pérdidas convocarán inmediatamente a la asamblea para informarla completa y documentadamente de dicha situación, del artículo 459 cuando dice que la Asamblea podrá «tomar u ordenar las medidas conducentes al restablecimiento del patrimonio» o en su defecto declarar disuelta la sociedad*, ***se deduce la clara intención del legislador en el sentido de que sin el conocimiento de la asamblea de accionistas o de la junta de socios, no deba iniciarse el camino de la extinción del ente jurídico, ni la liquidación del patrimonio social.***

*«La ley mercantil se refiere a la causal de disolución por pérdidas y establece un término de seis meses a partir de la ocurrencia de la causal» (artículo 221 ibídem) o dispone que estas medidas deberán adoptarse dentro de los seis (6) meses siguientes en que queden consumadas las pérdidas indicadas. Estos preceptos deben ser interpretados atendiendo a la naturaleza del hecho que regulan y este no ocurre ni se consuma en un solo instante, pues se trata de un simple resultado de confrontar ingresos contra egresos producidos durante el ciclo contable y de la comparación de ese resultado con el patrimonio social.* ***Por esta razón es lógico concluir que la verificación de las pérdidas que amenazan la existencia de la sociedad, debe ocurrir tanto para los administradores como para los asociados*** *(negrilla fuera del texto).*

*«Mal haría el intérprete al admitir, prescindiendo del órgano máximo de la sociedad, que es el competente para adoptar la decisión final respecto de la continuidad de la compañía que pueda empezar a contarse un término con anterioridad al conocimiento que esos asociados tengan una situación que sólo a ellos corresponde remediar.*

*«En conclusión, los seis (6) meses para evitar la causal de disolución tantas veces mencionada, se empezarán a contar a*

*partir de la fecha en la cual el máximo órgano social se reunió con el fin de estudiar la situación financiera de la sociedad y adoptar las medidas tendientes a garantizar el funcionamiento de la empresa".* (Oficio 220-18229 marzo 10 de 1999)

## COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES EN EL TRÁMITE DE LA LIQUIDACIÓN

En providencia del 17 de septiembre de 1998 el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, al resolver una demanda de nulidad, declaró la misma respecto de la Circular Externa número 04 del 29 de julio de 1996, expedida por el Superintendente de Sociedades, a través de la cual había expresado que las normas relativas a la intervención de la Entidad en el trámite de aprobación del inventario, y la facultad de aprobar la liquidación en los términos de los artículos 233 a 237 del Código de Comercio, se encontraban derogadas.

Así las cosas, con fundamento en la referida providencia y en desarrollo de la atribución a que alude el numeral 5° del artículo 84 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con los artículos 233 a 237 del Código de Comercio, es preciso concluir que este organismo imparte la aprobación del inventario del patrimonio social de todas las sociedades por acciones siempre y cuando estén sujetas a su vigilancia, e igualmente en relación con las sociedades limitadas, respecto de las cuales además de mediar solicitud, se encuentren sometidas a la vigilancia que ejerce esta Superintendencia.

Lo anterior no obsta para que independientemente del estadio de supervisión, esto es, inspección, vigilancia o control en el cual se encuentre una determinada sociedad, deba acreditar ante este organismo el cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 225 y siguientes del Código citado cuando ella así lo requiera. (Oficio 220-17025 marzo 9 de 1999)





## NECESIDAD DE ACUDIR A LA LIQUIDACIÓN JUDICIAL DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 627 DEL C.P.C.

De acuerdo con el artículo 370 del Estatuto Mercantil, además de las causales generales de disolución contempladas en el artículo 218 ibídem, la sociedad de responsabilidad limitada se disolverá cuando ocurran pérdidas que reduzcan su capital por debajo del cincuenta por ciento; así mismo el artículo 151 ibídem, de manera categórica prevé que "Para todos los efectos legales se entenderá que las pérdidas afectan el capital cuando a consecuencia de las mismas se reduzca el patrimonio por debajo del monto de dicho capital".
Dicha causal de pérdidas puede ser enervada, de acuerdo con el artículo 459 eyusdem, dentro de los seis meses siguientes a la reunión del máximo órgano social que se convocó con el fin de estudiar y conocer la situación financiera de la sociedad y adoptar las medidas tendientes a garantizar el funcionamiento normal de la empresa.

En lo que respecta a la Superintendencia de Sociedades, a raíz de la promulgación y vigencia de la Ley 222 de 1.995, por medio de la cual se modificaron sus facultades en relación con el trámite del proceso liquidatorio de las sociedades sujetas a su vigilancia, sólo quedó con las facultades de decretar la disolución y ordenar la liquidación del patrimonio cuando se cumplan los supuesto previstos en la ley y los estatutos; adoptar las mediadas a que haya lugar, y, designar al liquidador en los casos previstos en la ley, es decir, cuando agotados los medios establecidos en la ley o en el contrato social no fuere posible llevar a cabo la designación. Estas últimas funciones se ejercerán con respecto a las sociedades vigiladas.

**En este orden de ideas, teniendo en cuenta que si la sociedad no se encuentra bajo la vigilancia de la Entidad y no existe ánimo de reunirse en junta de socios para enervar la causal de disolución habiéndose vencido el término para ello, para decretar la disolución sólo queda el camino de la liquidación judicial de acuerdo con el artículo 627 del Código de**

**Procedimiento Civil que textualmente dice: "Procedencia. A petición de cualquiera de los socios, procede declarar judicialmente la disolución y declarar la liquidación de una sociedad civil, comercial o de hecho, por las causales previstas en la ley o el contrato social, siempre que tal declaración no corresponda a una autoridad administrativa".**

Es necesario examinar si en los estatutos sociales se pactó la cláusula compromisoria o se previó una amigable composición, eventos en los cuales deberá estarse a lo allí consignado.

De otra parte, es preciso señalar que la Superintendencia de Sociedades cuenta con una Oficina de Conciliación y Arbitramento, cuya función es la de coordinar las actividades de conciliación que deba conocer la Entidad por conflictos que surjan entre los asociados, a la cual podrá recurrirse en el evento de estimarlo necesario o conveniente. (Oficio 220-32429 junio 8 de 1998)

## NOMBRAMIENTO DEL LIQUIDADOR POR PARTE DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Respecto de los alcances de la disposición prevista en el artículo 228 del Código de Comercio, que faculta a la Superintendencia para efectuar la designación del liquidador en una sociedad mercantil, merecen los siguientes comentarios:

El artículo 228 del estatuto mercantil reza:

"La liquidación del patrimonio social se hará por un liquidador especial nombrado conforme a los estatutos o a la ley.

Podrán nombrarse varios liquidadores y por cada uno deberá nombrarse un suplente. Estos nombramientos se registrarán en el registro mercantil del domicilio social y de las sucursales y solo a partir de la fecha de inscripción tendrán los nombrados las facultades y obligaciones de los liquidadores.





Cuando agotados los medios previstos en la ley o en el contrato para hacer la designación de liquidador, esta no se haga, cualquiera de los asociados podrá solicitar a la Superintendencia de Sociedades que se nombre el respectivo liquidador"

Como se aprecia, es una medida, de carácter subsidiario o supletivo, por cuanto se puede ejercer por la Entidad, únicamente después que la sociedad por intermedio de sus asociados hayan agotado todos los mecanismos o instancias que le brindan la ley o el contrato social para el efecto, lo anterior en consideración a que el derecho a efectuar el nombramiento se encuentra radicado en cabeza de los asociados.

Ahora bien, en este estudio no puede perderse de vista que a la Superintendencia de Sociedades se le debe demostrar fehacientemente que se han agotado los presupuestos ya comentados. En caso de que los estatutos sociales no tengan estatuido en forma alguna tales medidas, es necesario recurrir a la ley, que al respecto estipula en el artículo 187 ordinal 4º del Código de Comercio, que la junta o asamblea ejercerá las siguientes funciones generales, sin perjuicio de las especiales propias de cada tipo societario "...Hacer las elecciones que corresponda, según los estatutos o las leyes, fijar las asignaciones de las personas así elegidas y removerlas libremente ". Requiriéndose entonces, para tal efecto, que el máximo órgano social se reúna en los términos consagrados en el contrato social.

*Respecto a su designación por parte de esta Superintendencia, la misma debe ser solicitada por alguno de los asociados, quien debe acreditar mediante un certificado expedido por la Cámara de Comercio del domicilio o mediante documento idóneo que se tiene tal calidad. Además, no hay que perder de vista que para esta Entidad se hace necesario conocer el estado económico de la sociedad, a fin de poder fijar los honorarios del liquidador que se designe.*

Por tanto, los presupuestos previos a cumplir para que la Superintendencia de Sociedades ejerza la atribución contenida en el inciso 3o. del artículo 228 del Código de Comercio en cualquier

sociedad comercial sujeta a su inspección, vigilancia o control y por tanto pueda proceder a nombrar liquidador en una sociedad son:

a). Se demuestre haber agotado los medios previstos en la ley o en los estatutos sociales para hacer la designación, y

b). La solicitud la eleve alguno de los asociados, previa comprobación de tal calidad. (Oficio 220- 13736 abril 19 de 1995)

## SUSCRIPCIÓN, NEGOCIACIÓN DE ACCIONES Y ADJUDICACIÓN DE BIENES EN ESPECIE EN UNA SOCIEDAD QUE ADELANTA UNA LIQUIDACIÓN PRIVADA

*Adelantándose un proceso de liquidación privada en una sociedad cuyo único activo está representado en acciones en otras compañías, en alguna de las cuales, está consagrado en los estatutos sociales el derecho de preferencia en la negociación de acciones, cuál podría ser su comportamiento ante el advenimiento de circunstancias tales como las siguientes:*

a) De adelantarse una capitalización de acciones en una de las sociedades en las que la compañía en liquidación es accionista, podría ésta suscribir la parte que le corresponde de acuerdo con su participación?.

El artículo 222 del Código de Comercio ordena el inicio, en forma inmediata, del proceso liquidatorio, al disponer que la sociedad una vez disuelta no puede iniciar nuevas operaciones en desarrollo de la empresa o actividad para la cual fue constituida, sino por el contrario, su capacidad queda limitada a la ejecución de los actos tendientes a la liquidación y a culminar las operaciones y negocios pendientes al momento de operar la causal de disolución. Sin embargo, si bien es cierto que la capacidad de la sociedad queda limitada en la forma indicada, no es menos cierto que su existencia continúa hasta tanto se protocolice en una notaria la cuenta final de liquidación junto con el inventario de los activos correspondientes.





En este orden de ideas, es claro que la sociedad en liquidación conserva su capacidad para atender las obligaciones adquiridas y ejecutar los actos tendientes a la realización del haber social con el fin de pagar el pasivo externo y posteriormente el interno, pero ello no implica la pérdida ni suspensión de sus derechos, pues en modo alguno la situación por la que atraviesa puede ser motivo para que se le vulneren sus derechos so pretexto de que carece de capacidad para desarrollar su objeto social o ejecutar actos en desarrollo del mismo.

Por tanto, mientras la sociedad no se extinga definitivamente del mundo jurídico conservará sus derechos, lo que tratándose de acciones en el capital de otra compañía, implica que como cualquier otro accionista conserva los inherentes a dicha calidad, entre ellos, el de participar en las deliberaciones del máximo órgano social, recibir lo que le corresponda de los beneficios sociales, negociar libremente sus acciones, salvo que estatutariamente se haya consagrado el derecho de preferencia, inspeccionar los libros y papeles de la sociedad (art. 379 del Código citado), así como el de suscribir preferencialmente en toda nueva emisión de acciones en los términos del artículo 388 ibídem, a menos que la colocación no esté sujeta al derecho de preferencia.

En consecuencia, si el ente social del cual es accionista la sociedad en liquidación, pretende una capitalización a través de una nueva emisión de acciones, deberá ofrecerle a esta última las acciones que le corresponden, si estatutariamente o por voluntad de la asamblea no se ha decidido otra cosa, para que en ejercicio del derecho de preferencia, manifieste su aceptación a suscribir el número de acciones que le correspondan de acuerdo con las que posea en relación con el capital suscrito, pues como ya se indicó, el hecho de estar en liquidación, no supone su extinción, ni limita en ese evento el ejercicio de sus derechos como accionista.

Situación diferente es la que se presenta para el accionista, que como consecuencia de la liquidación, sólo está en capacidad para adelantar las actuaciones dirigidas a la pronta realización de los

activos que conforman el inventario a liquidar y para la ejecución de actos y contratos tendientes o útiles al proceso mismo, condiciones que no se observan en un negocio como sería la suscripción de nuevas acciones.

En efecto, la pretendida suscripción de acciones, a la que si bien tendría derecho como accionista, no sería consecuente con la finalidad del proceso mismo, cual es la pronta realización de los activos, además por que en la práctica, tal negociación no sería útil puesto que implicaría una erogación y prolongaría innecesariamente el proceso, en detrimento de los intereses de la sociedad, los accionistas y los terceros en general.

Sin embargo, aunque a juicio de este Despacho no es procedente en esas circunstancias la suscripción preferente de acciones, sí considera jurídicamente viable la negociación de tal derecho, puesto que actos como éste reportarían a la sociedad en liquidación beneficios de tipo económico, que redundarían a favor de los interesados en el proceso.

Sobre el particular, es pertinente retomar la posición que de tiempo atrás acogió la Superintendencia de Sociedades, mediante Oficio EL-16108 de agosto 18 de 1987, en el que conceptúo "... no puede perderse de vista que éstas compañías como accionistas, por el hecho de estar en liquidación no pierden las prerrogativas legales inherentes a la calidad de tales.

(...)

Como si fuera poco, el contrato de suscripción de que se trata, comporta el ejercicio de una nueva actividad, lo cual como ya se expresó, no es posible dado el estado de liquidación de las compañías. Tampoco puede tomarse como una medida de conservación de los activos pues se cambiaría un activo por otro y ese no es el sentido de la liquidación.

En síntesis, no considera este Despacho que se deba hacer uso del derecho a la suscripción preferencial en la emisión de acciones... Puede si, negociar ese derecho en la forma que convenga a los





intereses de las compañías en liquidación, por tratarse de una medida de salvaguarda de los intereses sociales".

b) Es posible dentro del aludido proceso, vía dación en pago o pago en especie, una vez cubierto el pasivo externo e interno de la compañía, repartir entre los accionistas las participaciones que tiene la sociedad en liquidación en otras compañías o es obligatorio vender esas participaciones y cubrir las deudas de la sociedad en liquidación con los dineros en efectivo producto de tales ventas.

Sobre el particular, es importante tener en cuenta que la pregunta plantea dos presupuestos distintos. El primero, posibilidad de repartir entre los accionistas, una vez pagado el pasivo externo e interno de la compañía, las participaciones que tiene la sociedad en otras compañías y el segundo, obligación de vender esas participaciones para cubrir las deudas de la sociedad en liquidación con los dineros producto de tales ventas.

Como puede observarse, la primera situación parte de la base de que el pasivo externo se encuentra totalmente cubierto, mientras que en el segundo caso, supone que el pasivo se encuentra pendiente de pago y pregunta si por esta circunstancia es obligatorio enajenar los bienes para con su producido iniciar el pago de las obligaciones.

Respecto de la primera situación, esto es, sobre el supuesto que el liquidador no haya tenido que enajenar todos los activos de la sociedad por cuanto se encuentra cubierto íntegramente el pasivo externo de la compañía –numeral 5, artículo 238 ibídem-, el liquidador procederá a distribuir el remanente de los activos inventariados entre los asociados, dando aplicación, en primer lugar, a las reglas que para el efecto estén contempladas en el contrato social o, en silencio de ellos, estar a lo que al respecto decidan los asociados. Así las cosas, si el remanente a repartir se encuentra representado en bienes muebles y/o inmuebles, vr. gr. acciones en otra compañía, y el querer de los beneficiarios es la adjudicación en especie, el liquidador deberá proceder a hacer la distribución en la forma que se convenga, pues es perfectamente

viable al no existir norma legal que lo prohíba, sólo que una vez llevada a cabo la partición, el acta correspondiente deberá registrarse según las formalidades propias que la enajenación exija.

Ahora, si por el contrario no se ha cancelado el pasivo externo, de conformidad con el procedimiento establecido en el ordenamiento mercantil, previo el aviso a los acreedores sociales –art. 232- y en firme el inventario del patrimonio social, mediante el cual se determina el monto de los activos a liquidar y el total de las obligaciones por cancelar, así como los acreedores, debidamente identificados, monto adeudado, cuantía, clase de crédito, el liquidador dará inicio a la cancelación de las obligaciones de acuerdo al orden de pagos establecido, de conformidad con la prelación y preferencia de que tratan los artículos 2495 al 2509 del Código Civil –arts. 237 y 242 del ordenamiento citado-.

Como la finalidad del proceso es la realización de los activos para cubrir el pasivo externo e interno, corresponderá al liquidador proceder a enajenar los activos inventariados, inclusive los destinados estatutariamente a ser distribuidos en especie, cuando los demás activos sean insuficientes para cubrir el pago total del pasivo externo. En este orden de ideas, al administrador le corresponderá vender los bienes sociales, lo que implica convertirlos en dinero en efectivo, para con el producto de los mismos cancelar las obligaciones en el orden preestablecido. Sin embargo, aunque la regla principal es la realización de los activos, el acreedor societario puede convenir que el asociado potencialmente adjudicatario del bien, se convierta en su deudor y se exonere a la sociedad de toda responsabilidad –art. 240 Legislación Mercantil y demás normas del ordenamiento civil que contemplan las distintas formas de extinguir las obligaciones-.

c) Para adelantar los pagos mencionados en el punto 2º, es obligatorio atender el derecho de preferencia en la negociación de acciones pactado estatutariamente en las sociedades en que la compañía en liquidación tiene las participaciones?.





Además qué prevalece en una liquidación donde solo se poseen participaciones en otras compañías: la cuenta final de liquidación debidamente aprobada o el derecho de preferencia consagrado en el contrato social donde la sociedad en liquidación tiene participación accionaria?.

Para responder los interrogantes planteados, basta con transcribir algunos apartes del concepto proferido por esta Entidad, mediante el oficio 02176 de febrero de 1978, que refiriéndose al tema en consulta ha expresado:

(...)

"El derecho de preferencia en la negociación de acciones, consagrado en los estatutos sociales de una compañía en desarrollo de lo previsto en los artículos 403, ordinales 2º y 407 del Código de Comercio, afecta los casos de "negociación" de acciones pero no otras situaciones que, como la adjudicación de bienes de una sociedad en liquidación o de una sucesión, se verían entorpecidas si tales limitaciones se hicieran extensivas a ellas.

En los casos de acciones que hagan parte del activo de una sucesión o de una sociedad en liquidación cuyos bienes serán distribuidos en especie, no se está frente a una enajenación de acciones que se realiza por la determinación libre del titular de las mismas, sino que se trata de una situación ajena a la voluntad de dicho titular.

No es el caso, pues, de que el accionista pretenda ejercitar su "derecho a negociar" unas acciones que posee, que es cuando se ve limitado por razón del derecho de preferencia.

...En cambio, si la sociedad... se propone, para los efectos de su liquidación, reducir todos sus bienes a dinero efectivo, para poder vender las acciones..., deberá, entonces sí, darle aplicación al derecho de preferencia y ofrecer previamente tales acciones a los demás accionistas...".

Del concepto antes citado, se infiere claramente la siguiente conclusión: Si como consecuencia de la liquidación de una sociedad, una vez pagado totalmente el pasivo externo de la compañía, quedan bienes para ser distribuidos en especie, y si así lo aceptan los asociados, el liquidador deberá elaborar el acta donde conste la adjudicación, para posteriormente dar cumplimiento a las formalidades propias de la enajenación. En este caso, como se trata de una adjudicación, mas no de una venta, prevalecerá el acta de distribución del remanente de los activos sociales (artículos 247 y 240 de la obra citada). Situación que difiere totalmente a la anterior, es cuando para los fines de liquidación los bienes deben ser vendidos para convertirlos en dinero en efectivo y su producido ser destinado a la cancelación de los pasivos, caso en el cual será obligatorio dar estricto cumplimiento al derecho preferente en la enajenación de acciones, en favor de los accionistas y/o la sociedad que desarrolla normalmente el objeto social, según se hubiere estipulado.

De todas maneras esta Superintendencia en los procesos de liquidación voluntaria o privada, conserva la competencia para aprobar el inventario elaborado por los liquidadores en las sociedades por acciones sujetas a la vigilancia de esta Entidad, tal como lo prevé el artículo 233 del Código de Comercio. (Oficio 220- 87165 septiembre 20 de 1999)

## ES POTESTATIVO EL CAMBIO DE LIQUIDACIÓN PRIVADA A LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA

"La liquidación privada de sociedades, difiere del procedimiento de liquidación obligatoria"

Al respecto el doctor Francisco Reyes Villamizar, sostiene que "El procedimiento de liquidación obligatoria; aunque semejante en muchos aspectos, no puede confundirse con el trámite de liquidación privada de sociedades, previsto en los artículos 218 y siguientes del Código de Comercio. En realidad, mientras que la liquidación obligatoria es un procedimiento concursal de alta





connotación pública, propiciado por la crisis de la entidad deudora, el proceso liquidatorio regulado en el Código citado es un procedimiento iniciado voluntariamente por la compañía, en el que no participa, en general, ninguna instancia estatal". (Disolución y liquidación e Sociedades, Ediciones Doctrina y Ley Bogotá, 1998, página 147)

En efecto, si se examinan las disposiciones que regulan el proceso de liquidación obligatoria se tiene que no existe una regla que impida a una sociedad disuelta y en estado de liquidación acceder a una liquidación obligatoria. No obstante, es pertinente tener en cuenta que tal situación necesariamente incidirá en el proceso de liquidación obligatoria, así se tiene por ejemplo que la iniciación de este proceso no implicará como de ordinario sucede, la disolución de la compañía respectiva, pues ella ya se encontraba en dicho estado.

Igualmente, debemos resaltar que el trámite de liquidación voluntaria no ha sido concebido por el legislador como un mecanismo enderezado a solucionar los problemas derivados de una cesación en los pagos, sino que surge como consecuencia de la configuración de una cualquiera de las causales generales o específicas de disolución que establece el legislador. Así se tiene, a título meramente ilustrativo que la reducción del número mínimo de socios no tiene la connotación patrimonial de una cesación en los pagos y por tanto no se encuentra referida a la imposibilidad para atender las obligaciones a cargo de la compañía. Esta circunstancia que se comenta pone de presente la diferencia entre los dos mecanismos referidos; no obstante que en ambos se persiga la atención de las obligaciones con la realización de los bienes, pues en un caso la misma es consecuencia de la imposibilidad de desarrollar nuevas operaciones y de la consecuente decisión de los socios de poner fin a la compañía y en otro constituye el objeto mismo del proceso.

Por lo expuesto, resulta lógico que la liquidación voluntaria no corresponda en estricto sentido a la categoría de concurso, razón por la cual la ley no ha establecido un término para que los acreedores de la compañía soliciten el reconocimiento del crédito del cual son titulares, así como tampoco ha previsto la acumulación a la liquidación voluntaria de los procesos ejecutivos que se adelanten contra la

compañía y por tanto, no ha consagrado la imposibilidad para adelantar procesos ejecutivos y decretar y practicar medidas cautelares sobre bienes del deudor.

De otra parte, la solicitud del liquidador referente a la apertura del trámite de liquidación obligatoria resulta consecuente con las reglas que establece el estatuto mercantil. En efecto, el artículo 222 del citado estatuto, establece que disuelta la sociedad se procederá de inmediato a su liquidación, razón por la cual no podrá iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto y conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación, acepción esta en la cual se incluye la solicitud de liquidación obligatoria. Así las cosas, puede suceder que la liquidación no pueda adelantarse satisfactoriamente, por cuanto los bienes se encuentran embargados por un acreedor que no accede al levantamiento para facilitar su enajenación o que los mismos no pueden ser enajenados por cuanto el acreedor con garantía real no levanta el gravamen hasta tanto no se satisfaga su acreencia, pese a que existen acreedores de mejor privilegio y por lo tanto deban ser atendidos en primer lugar. En estos eventos, la apertura de la liquidación obligatoria se constituye en el mecanismo adecuado para culminar la liquidación y poner fin a la persona jurídica".

En este orden de ideas, es dable colegir que si se intenta la conciliación y ésta no prospera, perfectamente se puede continuar adelantando, conforme las normas pertinentes consagradas en el Código de Comercio, el proceso privado de liquidación hasta su culminación, aunque nada obsta para que si ese es el deseo, la sociedad opte por el proceso de la liquidación obligatoria, toda vez que dentro de la legislación vigente no existe disposición legal en contrario, caso en el cual, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 222 de 1995, le corresponde a esta Superintendencia asumir de manera directa el manejo del proceso procurando las soluciones que se impongan. (Oficio 220-31816 abril 22 de 1999)





# EMPRESAS UNIPERSONALES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

## INHABILIDADES DEL EMPRESARIO UNIPERSONAL

*"A la luz del artículo 75 de la Ley 222 de 1995, es posible que el empresario unipersonal preste su personal a otra empresa de la que es titular y posteriormente solicite el reembolso de gastos por el tiempo que permaneció en préstamo, sin que por este hecho se configure una operación comercial entre ambas empresas?"*

Estima necesario el Despacho transcribir la disposición mencionada, la cual reza:

*«PROHIBICIONES. El titular de la empresa unipersonal no puede contratar con ésta, ni tampoco podrán hacerlo entre sí empresas unipersonales constituidas por el mismo titular. Tales actos serán ineficaces de pleno derecho».*

La prohibición contenida en la disposición transcrita consiste en la imposibilidad legal para que el titular de la empresa unipersonal (empresario) y la empresa unipersonal celebren contratos, prohibición que se hace extensiva a empresas unipersonales pertenecientes a un mismo titular, la cual corresponde a una valoración política del legislador que consideró la inclusión de la prohibición mencionada como un mecanismo de protección de los derechos de terceros que puedan resultar afectados con la celebración de los contratos. Especial importancia brindó el legislador a la regla que se comenta que sancionó con ineficacia de pleno derecho los actos que se ejecutaran en transgresión de la mencionada regla.

En relación con la regla que se estudia, expositores de la doctrina nacional han coincidido en decir que: *«Aunque la razón de ser de la norma es comprensible, por la posibilidad de maniobras en perjuicio de terceros, no convence totalmente porque, al fin y al cabo, estamos frente a dos personas plenamente capaces y por*

*que con el mismo argumento habría de prohibir todas las operaciones entre el socio mayoritario y la sociedad a él subordinada»*[1] y que *«Esta prohibición correspondió a una posición conservadora cuyo origen estuvo en la idea de recelo o desconfianza con que algunos vieron la introducción de esta figura»*[2]

No obstante las opiniones anteriores, no debe perderse de vista que el querer del legislador, que indudablemente fue dado por la prevención, novedad y falta de desarrollo de la figura, promueve por el establecimiento de una separación total de las relaciones jurídicas en las que intervenga la empresa unipersonal y su titular o las empresas unipersonales del mismo titular, al consagrar una normativa lo suficientemente clara y por tanto no resulta posible sustraerse de su cumplimiento.

En este orden de ideas, no sería viable que la operación planteada se ejecute sin transgredir el mandato contenido en la disposición tantas veces mencionada, la cual tiene carácter imperativo. (Oficio 220-42778 julio 9 de 1998).

## VIABILIDAD PARA QUE UNA ENTIDAD SIN ÁNIMO DE LUCRO PUEDA CREAR UNA EMPRESA UNIPERSONAL.

Para efectos del artículo 71 de la Ley 222 de 1995 ¿una entidad sin ánimo de lucro puede conformar una empresa unipersonal?

La empresa unipersonal fue uno de los temas polémicos en la reforma al Código de Comercio contenida en la Ley 222 de 1995, por lo que resulta conveniente detenerse en la evolución del proyecto que dio origen a la referida ley, a fin de precisar el querer del legislador respecto de esta figura y en consecuencia, dilucidar dicha inquietud.

*[1] GAVIRIA GUTIERREZ, ENRIQUE. Nuevo Régimen de Sociedades Biblioteca Jurídica Dike. Bogotá, pág. 62*
*[2] REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO, La Reforma al Régimen de Sociedades y concursos. Cámara de Comercio de Bogotá. Pág 343.*





**1. Proyecto de Ley No. 119 de 1993 «Por el cual se modifica el Código de Comercio y se expide el régimen general de sociedades y procesos concursales.**

En el artículo 420 se definía la empresa unipersonal en los siguientes términos:

*«Artículo 420. CONCEPTO. Mediante la empresa unipersonal, una persona natural o jurídica que reúna las calidades requeridas para ejercer el comercio, podrá afectar parte de sus activos para la realización de una o varias actividades específicas de carácter mercantil». (Gaceta del Congreso No. 381. 4 de noviembre de 1993, página 30)*

En la exposición de motivos del proyecto de lee:

«LA EMPRESA UNIPERSONAL.
*Esta nueva institución pretende dotar al comerciante de un mecanismo jurídico que le permita desarrollar su actividad económica sin comprometer en ella los bienes necesarios para su sustento y el de su familia. De esta forma el* ***comerciante*** *mediante un acto público podrá destinar una parte de sus bienes expresamente determinada, al desarrollo de una actividad económica»* (negrillas por fuera de texto. Página 48 de la gaceta descrita).

Del contenido del proyecto así como de la exposición de motivos, se colige que si bien el artículo 420 empleaba la expresión «... persona natural o jurídica que reúna las calidades para ejercer el comercio..», que corresponde a la hoy contenida en el artículo 71 de la Ley 222 de 1995, la empresa unipersonal solo podría ser utilizada por el comerciante y no simplemente por aquella persona idónea para ejercer el comercio, habida cuenta que para el proyecto de ley, la empresa unipersonal correspondía a un patrimonio de afectación, lo cual respondía a una de las tesis sobre la figura, que se ha expuesto en derecho comparado. Acorde con ello, la exposición de motivos se refería al comerciante como destinatario de la figura, referencia que aclaraba y precisaba el texto legal y guardaba consonancia con él.

**2. Ponencia para el primer debate en la Cámara de Representantes.**

En el texto definitivo aprobado por la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes, se lee en el artículo 422:

«CONCEPTO.
*Mediante la Empresa Unipersonal una persona natural que reúna las calidades requeridas para ejercer el comercio, podrá afectar parte de sus activos para la realización de una o varias específicas de carácter mercantil» (Gaceta del Congreso No. 111, 5 de agosto de 1994, página 21)*

En la exposición de motivos de la ponencia, se lee:

*«La empresa unipersonal permite que una persona natural pueda dividir su patrimonio para afectarlo al desarrollo de una actividad económica determinada, comprometiendo en ella sólo la parte del patrimonio destinado a tal efecto.*
*Con esta figura se permite al empresario desarrollar su actividad sin tener que acudir a la constitución de sociedades donde el ánimo asociativo no existe y cuya finalidad es lograr una limitación patrimonial, con la cual se disminuye de sociedades de papel, a la vez que se protege el patrimonio familiar».* (Gaceta del Congreso No. 85, 22 de junio de 1994, página 3)

Si se comparan los dos textos, el correspondiente al proyecto de ley y el aprobado por la Comisión Tercera de la Cámara, se concluye que el legislador en el primer debate en la Cámara conservó la tesis del patrimonio de afectación, con lo cual mantenía vigente la interpretación expuesta anteriormente, en el sentido que solo podían hacer uso de la empresa unipersonal quienes tuvieran la condición de comerciantes, aunque en la exposición de motivos empleó la expresión «empresario». De otra parte, se observa que el legislador aquí consideró pertinente restringir la empresa unipersonal a las personas naturales.





**3. Ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes.**

En la ponencia se lee en el artículo 72:

«CONCEPTO DE EMPRESA UNIPERSONAL.
*Mediante la Empresa Unipersonal una persona natural o jurídica que reúna las calidades requeridas para ejercer el comercio, podrá destinar parte de sus activos para la realización de una o varias actividades de carácter mercantil. La empresa unipersonal, una vez inscrita en el registro mercantil, forma una persona jurídica.»* (Gaceta del Congreso. Año IV. No. 61. 25 de abril de 1995, página 14).

En la exposición de motivos se lee:

« EMPRESAS UNIPERSONALES
*Con la empresa unipersonal se busca corregir aquella situación que se suele presentar y según la cual se utiliza inadecuadamente el expediente de la sociedad mercantil para la explotación de determinados negocios por parte de una sola persona, quien es realmente la dueña del negocio, utilizando a terceras personas que prestan sus nombres para configurar la pluralidad exigida como elemento fundamental para la formación de la sociedad. Ciertamente la utilización de esta figura no tiene discusión.* ***Sin embargo, su concepción debe ser diferente a la propuesta contenida en el proyecto original y consecuente con ello, se plantea el que la empresa unipersonal tenga personería jurídica y que su funcionamiento se asimile más a la sociedad mercantil»*** (Negrillas por fuera de texto. Gaceta citada, página 5)

De la trascripción se evidencia el querer del legislador en el sentido de que la empresa unipersonal no fuera concebida como patrimonio de afectación, sino como persona jurídica. Ahora bien, en cuanto a la cualificación del sujeto que puede constituirla, habrá de tenerse en cuenta que la disposición conservó la expresión «... que reúna las calidades requeridas para ejercer el comercio...», lo cual implica que no se requerirá efectivamente la calidad de comerciante, pues quien habrá de desarrollar el comercio no será el empresario como antaño

sucedía con la tesis del patrimonio de afectación, sino la empresa, la cual con identidad jurídica propia y por tanto distinta del empresario. Igualmente se observa que el legislador consideró que la empresa unipersonal no debía ser restringida a las personas naturales, por lo cual dio cabida a las personas jurídicas, sin efectuar restricción o cualificación en cuanto al tipo o clase de persona jurídica que podía constituir empresas unipersonales.

Este planteamiento se conservó tanto en el debate de la Comisión Tercera del Senado, en la plenaria de esa Corporación y quedó consignado en el texto legal.

En cuanto a las razones que imponían el mantenimiento de la tesis sobre la personalidad jurídica, se lee:

*«... Otra significativa innovación está en el reconocimiento de la empresa unipersonal como instrumento de desarrollo menos riesgoso para el crédito y para el sector empresarial del país, de manera que se deslindan los diferentes patrimonios que surgen de las variadas órbitas de la vida personal y de las diversas actividades económicas en las que se comprometen los comerciantes. La empresa unipersonal será, de acuerdo con la propuesta, persona jurídica, que es en opinión de algunos, la tesis de la personificación, es más práctica, dada la innegable aceptación del concepto y la difusión de desarrollos legislativos, jurisprudenciales y doctrinarios;»* (Gaceta del Congreso, martes 13 de junio de 1995 Ponencia para primer debate)

Sobre este particular el profesor Francisco Reyes Villamizar señala:

*«La empresa unipersonal es, de acuerdo con la nueva ley, persona jurídica. La opinión mayoritaria -que no unánime- de la comisión se apartó de la noción de patrimonio de afectación, por considerarla poco apropiada para la marcha de los negocios. La tesis de la personificación es, ciertamente, más práctica dada la innegable aceptación del concepto y la difusión de sus desarrollos legislativos, jurisprudenciales y doctrinarios.*





...
*De esta manera, se produce separación entre los bienes del constituyente y los afectados a la empresa. Además de la separación patrimonial aludida, la personificación jurídica de la empresa origina, automáticamente, los atributos de nombre, domicilio, capacidad de goce y ejercicio, representación legal y nacionalidad» (Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos. Cámara de Comercio de Bogotá. Santafé de Bogotá. 1996. página 325).*

4. **Si bien la empresa unipersonal solo puede realizar o ejecutar actos que tengan la condición de mercantiles, el Despacho debe reiterar lo ya expresado, en el sentido que la ley jamás estableció que el empresario debiera necesariamente ostentar la condición de comerciante, sino que simplemente se refirió a que el empresario debía ser «... una persona natural o jurídica que reúna las calidades para ejercer el comercio...», es decir, que de acuerdo con las normas generales del estatuto mercantil sea idónea para el efecto, por no estar incursa en cualesquiera de las inhabilidades o incapacidades particulares establecidas por la ley.**

Si el querer del legislador hubiera sido restringir la empresa unipersonal a los comerciantes o impedir que personas jurídicas sin ánimo de lucro pudieran constituir empresas unipersonales, lo habría consagrado de manera expresa. Como quiera que ello no sucedió, no resulta posible por vía interpretativa efectuar restricciones que el legislador jamás contempló.

Sobre este particular, se ha expuesto por parte de la doctrina nacional:

*«... Para poder formar parte de una empresa unipersonal se requiere además que «se reúnan las calidades requeridas para ejercer el comercio», es decir, que se tenga capacidad de acuerdo con las disposiciones generales del Libro Primero del Código del Comercio. De esta manera, podrán constituir empresas unipersonales los mayores de edad, los menores adultos que*

*hayan sido autorizados por su representante, los menores impúberes a través de su representante y las sociedades cuyo objeto social les permita realizar este tipo de actos.*

*Aunque las corporaciones y fundaciones no persiguen fines de lucro y por tanto no pueden tener la calidad de comerciante, son personas jurídicas capaces para realizar actos de comercio, como sería la constitución de una empresa unipersonal, razón por la cual se consideran incluidas dentro del presupuesto a que alude el artículo 71 de la Ley 222 de 1995.» (Vargas Amaya Jeaneth. La empresa unipersonal en la Reforma al Código de Comercio. La Ley 222 de 1995. Cámara de Comercio de Bogotá y Colegio de Abogados Comercialistas. Santafé de Bogotá. 1996 Página 186).*

5. **Con base en los planteamientos anteriores puede concluirse que una entidad sin ánimo de lucro puede constituir una empresa unipersonal, comportamiento que de paso se anota, resulta similar con la participación de tales entidades en la formación de sociedades comerciales.** (Oficio 220- 64653 octubre 9 de 1998)

## TITULAR DE LA EMPRESA UNIPERSONAL Y CAPACIDAD DE CONTRATACIÓN

Una Empresa Unipersonal que se ha creado con el único fin de servir como operadora de proyectos de telecomunicaciones, a la luz de la prohibición establecida en el artículo 75 de la Ley 222/95, puede participar conjuntamente con el empresario, el cual se dedica a otra actividad diferente a la operación (venta de equipos), en la presentación en consorcio de una oferta y la celebración del contrato respectivo?

Para absolver el interrogante es necesario hacer las siguientes consideraciones:





### CAPACIDAD DE LAS PERSONAS NATURALES:

De acuerdo con el artículo 1503 del Código Civil, "Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces.", de donde se colige que la "capacidad" es la regla general y la "incapacidad", la excepción, deduciéndose desde el punto de vista práctico, que el empresario o titular de la empresa unipersonal individualmente considerado, estaría en capacidad de asumir libremente obligaciones frente a un tercero para el desarrollo de un contrato cualquiera fuere su objeto, siempre y cuando se encuentre dentro de los lineamientos legales.

### CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS EMPRESAS UNIPERSONALES:

En lo que atañe a la empresa unipersonal, se tiene que de acuerdo con el numeral 5o. del artículo 72 de la Ley 222 de 1.995, alusivo a los requisitos para su formación, observamos, entre ellos, que en el documento de constitución, puede estipularse en forma clara y completa las actividades principales que pretende desarrollar y a las cuales tendría que limitarse. Sin embargo, resulta igualmente posible, en contraposición a lo anterior, expresar que la misma queda facultada para realizar cualquier acto lícito de comercio, permitiéndole así tener un objeto social indeterminado con plenas facultades para desarrollar cualquier actividad que no esté al margen de la ley, pero de todas maneras dentro de las limitaciones previstas por el artículo 75 de la misma Ley, el cual es del siguiente tenor:

*"En ningún caso el empresario podrá directamente o por interpuesta persona retirar para sí o para un tercero, cualquier clase de bienes pertenecientes a la Empresa Unipersonal, salvo que se trate de utilidades debidamente justificadas.- El titular de la empresa unipersonal no puede contratar con ésta, ni tampoco podrán hacerlo entre empresas unipersonales constituidas por el mismo titular. Tales actos serán ineficaces de pleno derecho."*

Tales prohibiciones tienen su razón de ser, pues permiten evitar que titulares inescrupulosos de empresas unipersonales las utilicen maliciosamente en contra de los intereses de terceras personas

que con ellas hubiesen contratado. Así por ejemplo, les está prohibido contratar entre sí, por cuanto negociaciones semejantes pueden prestarse para simular situaciones de pérdida, bien en contra del empresario, ora en contra de la empresa unipersonal, mediante el traspaso de todos o parte de sus bienes al bando de su conveniencia, impidiéndole a sus acreedores la posibilidad de perseguir el patrimonio garantía de sus acreencias.

Situándonos en el tema objeto de consulta (conociendo la capacidad que le atañe a la persona natural o titular de la empresa unipersonal), se ha de manifestar que si bien la empresa unipersonal tiene un objeto social determinado, esta Entidad no ve inconveniente, ni siquiera en el evento que no se hubiese estipulado así expresamente, en que dos fuerzas de trabajo, aún tratándose del empresario y de su empresa unipersonal (ésta, dentro del marco de su capacidad) se unan en pos de desarrollar un contrato en favor de un tercero, a través del cual cada uno cumpla con lo contratado frente a aquél, como quiera que no existe norma legal que se lo impida.

**El hecho de que los intereses del titular de la empresa unipersonal y los de ésta, por razones obvias, confluyan, no es óbice para trabajar en equipo, pues lo que resulta al margen de la ley es la mutua contratación, esto es, entre la empresa unipersonal y su titular, figura bastante peligrosa por cuanto puede prestarse, como lo habíamos señalado, a abusos y maniobras fraudulentas para engañar a sus acreedores.** (Oficio 220- 60222 noviembre 12 de 1997. Publicado Boletín Jurídico 1/98).





# ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO

## FUSIÓN DE ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO

Se refiere el Despacho al tema relacionado con la posibilidad de adelantar la fusión de dos entidades sin ánimo de lucro de carácter gremial, sus requisitos y la autoridad encargada de autorizarla.

Conviene referirse en primer término al proceso de integración patrimonial al que jurídicamente responde el concepto de fusión, proceso al que sin lugar a dudas pueden acceder en el marco legal que les gobierna todas las personas jurídicas, sin atender a diferencias relacionadas con su forma de constitución, objeto al que se dedican, ente que las vigila o similares, y con las únicas restricciones que la ley imponga.

Sin embargo, sólo el ordenamiento mercantil ha consagrado reglas claras para adelantar tal proceso de reorganización, por lo cual los empresarios que no respondan a la clasificación de sociedades comerciales, deben hacer uso de las previsiones del Código de Comercio cuando se trata de adelantar una fusión de organismos afines. [1]

Adicionalmente, en el caso de sociedades civiles, se tiene que al concretarse la unificación del régimen previsto por la Ley 222 de 1995, es claro que las normas establecidas para la fusión de sociedades, son ahora extensivas a las sociedades civiles, razón que conduce a señalar que se deben atener a cada uno de los requisitos exigidos en la parte pertinente del ordenamiento mercantil si pretendieran éstas adelantar una reforma de tal naturaleza.

[1] *Así por ejemplo tratándose de fusiones de sindicatos de trabajadores el Consejo de Estado señaló: "Como lo ha definido la jurisprudencia de esta Corporación, al no hallarse regulada en el Código Sustantivo del Trabajo la figura de la fusión sindical, y atendiendo lo preceptuado en el artículo 19 de esa codificación, debe recurrirse a lo previsto en el artículo 172 del Código de Comercio, que contempla la fusión como una forma de disolver las sociedades, pues en verdad, un sindicato se extingue cuando se fusiona con otro para constituir una nueva organización sindical, en cuyo caso los dos desaparecen, o para subsumirse en el otro, evento en el cual uno desaparece y sobrevive el que lo absorbe" (C.E. sentencia de junio 16 de 1995, Exp 6865 M.P. Dolly Pedraza de Arenas).*

Ahora bien, la situación antes descrita no implica que por virtud de la unificación entonces le corresponda a la Superintendencia de Sociedades la autorización previa de tal reforma en el caso de sociedades cuyo objeto sea de carácter civil, porque cualquier injerencia de esta Superintendencia en un proceso adelantado por estas compañías la conduciría a incurrir en extralimitación de funciones, habida cuenta que la competencia para autorizar reformas consistentes en fusión y escisión se circunscribe a los ámbitos de vigilancia (Decreto 3100 de 1997) y control (artículo 85 de la Ley 222 de 1995), únicamente cuando se trata de sociedades comerciales.

Por tanto, si la autorización de reformas consistentes en fusión y escisión no se hace extensiva a las sociedades civiles, con más razón es improcedente tratándose de corporaciones, las cuales son diferentes a los entes societarios.

Las corporaciones de tipo gremial si bien coinciden en algunos elementos de existencia y validez con las sociedades comerciales, y ambas pueden considerarse como empresas en su sentido amplio, mantienen elementos esenciales diferenciales que las alejan al momento de encuadrarlas en un marco jurídico común.

Coinciden las asociaciones y las sociedades en cuanto a elementos de existencia en la pluralidad de asociados y la intención de permanecer en asocio, y divergen en otros fundamentales, tales como la repartición de utilidades y la actividad a la que se dedican. Mientras las sociedades comerciales buscan el desarrollo de una actividad económica de carácter comercial, la finalidad de las corporaciones de carácter gremial es la de propender por los intereses particulares de sus agremiados.

Y, como no son sociedades ni civiles ni comerciales, no puede predicarse para las asociaciones la aplicación del artículo primero de la Ley 222 de 1995, norma que adicionalmente en nada modificó el régimen correspondiente a las corporaciones de tipo gremial.





En efecto, las personas jurídicas formadas por una reunión de individuos que tienen por objeto el bienestar de los asociados, se rigen en primera instancia por las previsiones del título XXXVI del Código Civil (artículos 633 s.s.), de las cuales merecen especial atención en primer término la que señala que los estatutos y sus reformas deben ser sometidos a la aprobación del poder ejecutivo, quien la concede si no es contrario al orden público, a las leyes o las buenas costumbres (artículo 635[2] C.C) y en segundo término que la mayoría de los miembros de una corporación será considerada como una sala o reunión legal de la corporación, sin perjuicio de las mayorías establecidas en sus estatutos (artículo 638 C.C.).

A su vez, la Ley 22 del 12 de marzo de 1987, confiere al Presidente de la República la facultad de radicar en cabeza del Gobernador del Departamento de Cundinamarca y en el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá la función de inspección y vigilancia que ejerce sobre las instituciones de utilidad común. De tal facultad hizo uso el Presidente de la República mediante Decreto 1318 del 6 de julio de 1988, modificado por el Decreto 1093 de 1989, por el cual delegó en los gobernadores de los departamentos y en el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, la función de ejercer inspección y vigilancia sobre las instituciones de utilidad común en el respectivo departamento y en la ciudad de Bogotá, que no estén sometidas al control de otra Entidad.

En su artículo 2º, el mencionado decreto señaló que para efectos de la inspección y vigilancia, el representante legal de la institución presentará a estudio y consideración de los Gobernadores o del Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, según el caso, los estatutos de la entidad.

[2] *"La exigencia del artículo 636 del C.C. comprende, además la aprobación de toda reforma estatutaria llamada a hacer parte de la unidad constitucional de la persona jurídica. No es así únicamente por la generalidad de la regla, sino también por la razón que la inspira, puesto que los estatutos originarios requieren la aprobación de la administración, forzoso es concluir que igual formalidad demandan las reformas, ya que por medio de ellas se pueda cambiar radicalmente el objetivo, la organización y el funcionamiento de la asociación e incluir disposiciones infractoras del orden público, de las buena costumbres o las leyes. Sin olvidar que el razonamiento que equipara las reformas, por este concepto, a los estatutos, se apoyaría, si fuere menester, que no lo es, en la regla de analogía consagrada en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, una de las normas que más vigor han infundido al sistema de interpretación científica de los textos legales, a la par que promovido el avance de la jurisprudencia y elevado la función de los jueces por la responsabilidad mayor que les impone (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de junio 24 de 1954)".*

Por su parte, el Decreto 1529 de julio 12 de 1990, sobre entidades vigiladas domiciliadas en una ciudad diferente de Santa fe de Bogotá y el Decreto 059 de febrero 21 de 1991, cuando su domicilio es la capital, regularon entre otros aspectos, lo relacionado con trámites y actuaciones.

Es así como el CAPITULO CUARTO, "De la aprobación a reformas estatutarias", señala en el artículo 18 y siguientes los requisitos para que la Alcaldía Mayor de Bogotá apruebe reformas a los estatutos de las personas jurídicas sin ánimo de lucro domiciliadas en esta ciudad, resta establecer el procedimiento apropiado que deben desarrollar las corporaciones para reformar sus estatutos en el sentido de consolidar su patrimonio con otra con similares fines.

Para tal efecto, procede acudir al artículo 8 de la Ley 153 de 1887, conforme al cual cuando no haya ley exactamente aplicable, se acudirá a las leyes que regulen casos o materias semejantes.

Por tanto en cuanto sea compatible con la naturaleza misma de la corporación, estima este Despacho que son perfectamente aplicables las previsiones contenidas para el proceso de fusión en el Código de Comercio y en la Ley 222 de 1995. (Oficio 220-92063 octubre 7 de 1999)

## NO ES VIABLE LA TRANSFORMACIÓN DE UNA ENTIDAD SIN ÁNIMO DE LUCRO EN UNA SOCIEDAD COMERCIAL

### 1. Marco General

El artículo 38 de la Carta Política consagra el derecho de libre asociación, por el cual dos o más personas se pueden unir para el desarrollo de una o más actividades.

En relación con este derecho la doctrina ha expresado :





"El derecho de asociación consiste en la libre disponibilidad de los ciudadanos para constituir formalmente, con otros ciudadanos, agrupaciones permanentes encaminadas a la consecución de fines específicos, de carácter no lucrativo. Esta última característica es relevante, puesto que la existencia o no de la finalidad lucrativa es lo que distingue a las asociaciones de las sociedades mercantiles, cuya etiología es bien distinta y cuyo reconocimiento constitucional se realiza a través de la consagración constitucional de la libertad de empresa.

Por su parte, las características de constitución formal y permanencia son las que distinguen a la asociación de la mera reunión: en tanto esa es, por definición, de duración limitada, la asociación goza de un principio de vocación de permanencia ; y en tanto una de las notas de la reunión es la informalidad, la asociación reviste, supone un grado, mayor o menor, de formalidad, en cuanto requiere un acuerdo expreso de constituirla y una identificación más definida de sus objetivos ; por otro lado, y desde la perspectiva de su estructura y organización interna, el grado de formalidad de las asociaciones es siempre notablemente más acusado que el de las reuniones." (García Joaquín. Los derechos políticos, el derecho de reunión, el derecho de asociación ; derecho constitucional, vol. I, Tivan Lo Blanch, págs. 249 y 250)

### 2. Persona Jurídica

Define el artículo 633 del Código Civil a la personas jurídicas :

"Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Las personas jurídicas son de dos especies : corporaciones y fundaciones de beneficencia pública.

Hay personas jurídicas que participan de uno u otro carácter."

**3. Clases de Personas Jurídicas**

Dentro de los diversos criterios de clasificación de las personas jurídicas se encuentre el relativo a la estructura, el cual solamente es predicable de las personas jurídicas de derecho privado.

La legislación colombiana distingue entre las corporaciones y fundaciones.

En el caso de las corporaciones, la cual corresponde a la unión de dos o más personas que vinculan un capital para la obtención de un fin determinado, tienen dos especies : las sociedades (civiles o comerciales) y las asociaciones, estas a diferencia de las primeras no tienen ánimo o fin de lucro, es decir no persiguen la obtención de utilidades para ser distribuidas entre sus miembros.

De acuerdo con lo expresado, es claro que si bien las asociaciones y las sociedades pertenecen al género de las corporaciones, corresponden a dos figuras jurídicamente distintas.

En este orden de ideas, la normatividad que gobierna a las sociedades se encuentra consagrada en el libro segundo del Estatuto Mercantil, aplicable a las sociedades civiles como a las sociedades comerciales, en tanto que las asociaciones están sujetas a las previsiones contenidas en el Código Civil y disposiciones de carácter especial.

**4. Concepto de Transformación**

Establece el artículo 167 del Estatuto Mercantil :

"Una sociedad podrá, antes de su disolución, adoptar cualquiera otra de las formas de la sociedad comercial reguladas en este Código, mediante una reforma del contrato social.

La transformación no producirá solución de continuidad en la existencia de la sociedad como persona jurídica, ni en sus actividades ni en su patrimonio."





Del contenido de la norma transcrita se concluye :

4.1 La transformación sólo opera en materia de sociedades.
4.2 La transformación es una reforma estatutaria.
4.3 La transformación consiste en la adopción de un nuevo tipo societario, vr. gr. de sociedad colectiva a sociedad de responsabilidad limitada, sociedad en comandita o sociedad anónima ; de sociedad en comandita a sociedad colectiva, de responsabilidad limitada o anónima ; de sociedad de responsabilidad limitada a sociedad colectiva, sociedad en comandita o anónima o de sociedad anónima a sociedad colectiva, en comandita o responsabilidad limitada.
4.4 La transformación no produce solución de continuidad, lo cual significa que la sociedad como sujeto de derecho nunca desaparece y por lo tanto las relaciones jurídicas en las cuales forma parte se mantienen.

**5. Constitución de sociedades mercantiles.**

De conformidad con el mandato contenido en los artículo 98 y 110 del estatuto mercantil, la sociedad únicamente surge a la vida jurídica una vez se constituya legalmente, lo cual significa que se otorgue la respectiva escritura pública y se inscriba en el registro mercantil.

**6. Conclusión**

De acuerdo con lo expresado la "transformación de una asociación en una sociedad" no resulta procedente pues la transformación sólo procede en materia de sociedades comerciales.

Si el propósito de los asociados es no continuar con la asociación de la cual son miembros, deberá proceder a disolver y liquidar la aludida persona jurídica sin ánimo de lucro y sólo luego de ello, si se estima conveniente, podrá constituirse una sociedad en la forma prevista en la ley. (Oficio 220- 30821 junio 3 de 1997)

## NO ES POSIBLE TRANSFORMAR UNA COOPERATIVA EN SOCIEDAD

La normatividad prevista para la materia, prohíbe que se reforme una entidad del sector solidario para que asuma la forma de una sociedad comercial a través del mecanismo de transformación establecido en el ordenamiento mercantil.

En efecto, la Ley 454 de 1998, marco conceptual que regula la economía solidaria, al ocuparse de las prohibiciones que recaen sobre los entes de economía solidaria, como las cooperativas, expresamente contempló la de transformarse en sociedad mercantil (numeral 13 del artículo 13).

En igual sentido, el artículo 10 de la Ley 510 de 1999 establece que

"Las personas jurídicas sin ánimo de lucro de carácter civil, excepto las entidades cooperativas, sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria podrán solicitar, aun cuando sus indicadores no presenten niveles críticos, la respectiva autorización a esta entidad para convertirse en sociedades anónimas. Esta conversión deberá ser adoptada como reforma estatutaria y no producirá solución de continuidad en la existencia de la institución como persona jurídica, ni en sus contratos, ni en su patrimonio". (subrayas fuera de contexto)

Así que procede afirmar que para las cooperativas, incluyendo la multiactivas o integrales, no procede ni la transformación ni la conversión a sociedad comercial, por expresa disposición de las normas que le son aplicables. (Oficio 220-85975 septiembre 16 de 1999)





# ESCISIÓN

## PARTICIPACIÓN DE LOS SOCIOS DE LA SOCIEDAD ESCINDENTE EN LAS SOCIEDADES BENEFICIARIAS

### A. CONSIDERACIONES GENERALES.

En el inciso final del artículo 3º de la Ley 222 de 1995 se dispone que *"...Los socios de la sociedad escindida participarán en el capital de las sociedades beneficiarias en la misma proporción que tengan en aquella, salvo que por unanimidad de las acciones, cuotas sociales o partes de interés representadas en la asamblea o junta de socios de la escindente, se apruebe una participación diferente"*; y en el numeral quinto del artículo 4º de la misma ley se establece que el proyecto de escisión debe incluir *"...5. El reparto entre los socios de la sociedad escindente, de las cuotas, acciones o partes de interés que les corresponderán en las sociedades beneficiarias, con explicación de los métodos de evaluación utilizados"*.

Esta Superintendencia estima que el simple tenor literal de dichas disposiciones es suficiente para fundamentar conclusión alguna al respecto ; y tampoco basta armonizarlas gramaticalmente sin considerar primero el conjunto legal del cual forman parte y del cual depende su sentido. Del examen efectuado de los antecedentes de la Ley 222 de 1995, a saber : del proyecto de Ley 119 de 1993[1]; del texto aprobado en primer debate en la Comisión Tercera de la Cámara[2]; de la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes[3]; de la ponencia para primer debate en el Senado de la República ; de la ponencia para segundo debate en el mismo Senado[4]; y del segundo debate en plenaria del Senado, no puede concluirse de manera inequívoca si la participación de los socios de la sociedad escindente en las

[1] *arts. 94 y 95*
[2] *arts. 93 y 94*
[3] *arts. 3 y 4*
[4] *acumulación de los Proyectos 235/95 del Senado y 119 y 163/93 de la Cámara*

sociedades beneficiarias se estableció o no a través de una norma imperativa. Y conviene agregar que el recurso hermenéutico a la historia fidedigna de una disposición está reservado a las expresiones oscuras de la Ley, de acuerdo con la regla consagrada en el artículo 27 del Código Civil (en adelante, "C.C") ; a lo cual se une el hecho consistente en que la sujeción al tenor literal de las leyes supone que su sentido sea claro. Y mal podría limitarse el intérprete a la exégesis gramatical de algunas de las disposiciones de una Ley, pues de lo que se trata es de establecer su sentido, es decir, su finalidad y significado, al servicio del cual las palabras utilizadas por el legislador son simples significantes, carentes de una acepción propia que pueda aislarse de la razón de ser del conjunto de la legislación.

En ese orden de ideas, y tomando en cuenta que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 del C.C., en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos los funcionarios públicos las interpretan por vía de doctrina y "... *en busca de su verdadero sentido*", esta Superintendencia estima que en esta materia debe guiarse por el principio consagrado en el artículo 30 del C.C, a cuyo tenor, *"El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto ..."*.

En consecuencia, el primer aspecto a considerar consiste en apreciar el tema en el contexto de la regulación de la Ley 222 de 1995 en materia de escisión ; sólo en segundo lugar, de identificarse algún pasaje oscuro en dicha regulación, es procedente examinar lo dispuesto de manera especial en el denominado Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, mediante norma anterior a la vigencia de la Ley 222 de 1995 (actualmente incorporado al D.L. 663 de 1993).





## B. LA PARTICIPACIÓN DE LOS SOCIOS EN EL CAPITAL DE LA SOCIEDAD BENEFICIARIA.

En opinión de esta Superintendencia, la participación de los socios de una sociedad escindida en el capital de todas y cada una de las sociedades beneficiarias no es un elemento esencial de la escisión, en los términos del artículo 1501 del C.C., aplicable a los actos y contratos comerciales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 822 del Código de Comercio (en adelante, "C.Co."), se trata de un elemento de su naturaleza, y como tal admite una decisión en contrario, adoptada por unanimidad, según la exigencia especial y expresa del artículo 3o. de la Ley 222 de 1995 sobre el particular, y en el entendido de que dicha reforma estatutaria se ajuste en todos sus otros aspectos a la ley.

La anterior afirmación surge de un análisis del sentido y alcance de la regulación vigente sobre la materia que fundamenta una interpretación del inciso final del artículo 3o. de la Ley 222 de 1995 según la cual el adjetivo "diferente" que se utiliza en él, no exige una participación mínima - que hasta podría ser simbólica y, en el peor de los casos, simulada- de los socios de la sociedad escindida en el capital de la sociedad o sociedades beneficiarias. Dicha interpretación se basa en las siguientes premisas, y tiene los alcances que a continuación se señalan :

1. La escisión es una forma de reorganización empresarial que en el derecho societario vigente en Colombia está regulada como una reforma estatutaria [5]; constituye entonces una modificación del contrato de colaboración y de ejecución sucesiva del cual son parte los socios, quienes en esa calidad tienen el derecho a continuar siendo parte de dicho negocio jurídico. Por decirlo de una manera gráfica, la fragmentación del patrimonio social de la sociedad escindente es sucedida por la aparición de varios contratos sociales correspondientes a diferentes sociedades, en las cuales los socios tienen vocación a participar.

Es esa prerrogativa la que explica por qué en la ley se consagra la posibilidad de que los socios participen en el capital de la sociedad

[5] *Ley 222 de 1995, artículo 87-7*

o sociedades beneficiarias, personas jurídicas éstas que como consecuencia de la escisión se convierten en las titulares de los patrimonios conformados con una o varias partes del patrimonio original de la sociedad escindida. Y dicho derecho, en principio, les permite participar en el capital de la sociedad o sociedades beneficiarias en la misma proporción en que lo hacen en el de la escindida. Se trata de una previsión legal que resulta obvia en materia societaria, como lo confirma la simetría que guarda este aspecto de la regulación que aquí se analiza con la legalmente aplicable al derecho de suscripción preferencial de acciones en todo aumento del capital social, que también le permite al socio que lo desee mantener la misma proporción poseída con anterioridad a la reforma.

2. El derecho a participar en el capital de la sociedad o sociedades beneficiarias consulta única y exclusivamente el interés particular de todos y cada uno de los socios individualmente considerados. Por esa razón, la previsión legal al respecto admite estipulación en contrario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º del C. Co., como corresponde a un derecho renunciable, en los términos del artículo 15 del C. C. Ahora bien, para que dicha estipulación sea válida, en los términos del artículo 190 del C. Co., la "participación diferente" que puede resultar de la escisión para los socios de la sociedad escindente debe ser aprobada con el voto unánime de las acciones, cuotas sociales o partes de interés representadas en la asamblea o junta de socios de acuerdo con la exigencia del artículo 3º de la Ley 222 de 1995, aplicable en todas las modalidades de escisión.

Si el socio o los socios para los cuales se ha previsto una participación en el capital de la sociedad o sociedades beneficiarias diferente a la que tiene o tienen en la escindente, no han asistido a la reunión respectiva, todos y cada uno de los ausentes pueden ejercer el derecho de retiro consagrado en el artículo 12 de la Ley 222 de 1995, en especial en uno de estos supuestos : porque a pesar de conservar su participación en el capital de la sociedad escindida, su participación en proporción diferente en el capital de una o varias sociedades beneficiarias implique una desmejora de sus derechos patrimoniales, que es el





supuesto básico que permite retirarse; o porque se disminuya su porcentaje de participación en el capital de la sociedad escindida, de acuerdo con lo previsto en el numeral 1º del artículo 12 de la Ley 222 de 1995 ; o porque haya una disminución del valor patrimonial o del nominal -éste último caso sí produce una disminución de capital- de su participación, según se prevé en el numeral 2º del artículo que acaba de citarse.

3. Los eventos arriba aludidos, y en los cuales procedería el ejercicio del derecho de retiro, derecho individual de cada socio ausente -como quiera que en las escisiones el socio disidente puede vetar la adopción de repartos que impliquen proporciones diferentes de la inicial, dada la exigencia del voto unánime de los representados en la reunión respectiva-, confirman que la regulación de la escisión admite que los socios de la sociedad escindente puedan participar en proporciones diferentes, e incluso, dejar de participar en el capital de la sociedad o sociedades beneficiarias. En efecto, de acuerdo con el sistema vigente, las decisiones que permiten el ejercicio del derecho de retiro son perfectamente válidas, de manera que la procedencia de dicho derecho en el caso de la escisión confirma la viabilidad legal de decidir que como consecuencia de ella se genere una participación en las sociedades finalmente resultantes de la escisión totalmente distinta de la que existía en la sociedad escindida[6], y que puede llegar incluso a dos supuestos radicales : que haya socios que no participen en alguna o algunas de las sociedades beneficiarias, e incluso, que haya socios que dejen de participar en el capital de la sociedad escindida, como ocurre -sin que ése sea el único caso- en la modalidad de escisión que implica la disolución de la escindente, expresamente prevista en el numeral segundo del artículo 3º de la Ley 222 de 1995, en la cual, por sustracción de materia, desaparecen las acciones, cuotas o partes de interés representativas del capital de la disuelta, para ser sustituidas por las participaciones que correspondan en la sociedad o sociedades beneficiarias.

*[6] Desde el punto de vista comparado, y en particular en lo que tiene que ver con el derecho societario europeo, es interesante observar que en el artículo 52 de la sexta directiva de la actual Unión Europea se prevé el derecho de retiro, precisamente, para el evento en que la asignación de acciones en las sociedades beneficiarias se haga a los socios de la escindente en forma no proporcional a su participación en ésta.*

4. En la doctrina extranjera sobre la escisión, tal y como lo hacen los autores españoles Fernando Cerdá y Rafael Guasch, puede encontrarse con frecuencia la referencia a la utilidad de la figura en los casos en los cuales en una sociedad existe un conflicto insalvable entre dos grupos de socios y la empresa que constituye su objeto social es divisible o susceptible de desintegrarse con la consecuente separación patrimonial[7]. En esos eventos, la escisión puede conducir incluso a que un socio o un grupo de ellos deje de participar en la sociedad escindente, si es que ésta no se disuelve, o a que si se disuelve y se crean dos sociedades beneficiarias, la participación en el capital de cada una de ellas de cada uno de los socios o grupos que se encontraban en conflicto al interior de la sociedad escindida, no sólo sea "diferente", sino que corresponda a la única forma idónea de obtener el resultado buscado a través de la reorganización, es decir, de manera que en cada sociedad beneficiaria sólo sean socios quienes no estén en conflicto entre sí, lo cual implica que carezcan de participación en el capital de la otra beneficiaria.

5. También en nuestro derecho puede darse perfectamente una escisión que solucione un conflicto entre socios asignando las participaciones sin que los grupos en pugna continúen vinculados a las mismas sociedades. De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 4º de la Ley 222 de 1995, en el proyecto correspondiente debe incluirse, entre otras cosas, "el reparto...." que determina la participación que finalmente le corresponde a cada socio en las sociedades involucradas en el proceso; y dicha distribución, que depende de las necesidades y conveniencias de los socios, puede ser definida con la amplitud propia de la autonomía privada que se deriva de la libertad de iniciativa económica consagrada en el artículo 333 de la Constitución Política.

No puede perderse de vista que aquí se examina el alcance de un derecho consagrado por las normas comerciales, de manera que cualquier duda acerca de la posibilidad de decidir que en el reparto derivado de la escisión alguno o algunos socios de la escindente

*[7] En el derecho español también puede examinarse el mismo ejemplo en la obra del profesor Fernando Oleo Banet " La Escisión de la Sociedad Anónima", Editorial Civitas, Madrid, 1995, pág. 46.*





no participen en el capital de alguna o algunas beneficiarias, debe resolverse en favor de su viabilidad legal. Los particulares, a diferencia de lo que les ocurre a los servidores públicos, pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido, no constituya fraude a la Ley y no vulnere el orden público y las buenas costumbres, como corresponde al principio consagrado en el artículo 6º de la Constitución Política, que sólo los hace responsables por infringir la Constitución y las leyes.

En el derecho societario vigente ningún socio puede ser obligado a aumentar su aporte (C.Co. Art. 123) ; pero cualquiera de ellos sí puede consentir libremente en que su porcentaje de participación en la sociedad varíe, convenir en no participar en el capital de las sociedades beneficiarias e, incluso, aceptar con ocasión de una escisión una variación que implique una desmejora de sus derechos patrimoniales. Tal consentimiento se manifiesta en forma expresa cuando se vota afirmativamente una escisión que tiene tal efecto ; y se expresa de manera tácita cuando se renuncia al derecho de retiro en tales circunstancias. Por lo demás, las variaciones que se introduzcan a la participación de los socios no pueden afectar ilegalmente los intereses de los terceros, pues para protegerlos en la Ley se han establecido reglas imperativas de responsabilidad (Ley 222 de 1995, Art. 10) y de exigencia de garantías (Ley 222, Art. 6), y se han señalado límites al ejercicio del derecho de retiro cuando el reembolso que le es propio afecta sustancialmente la prenda común de los acreedores (ley 22 de 1995, art. 16, inciso 3ro.).

6. En una escisión, la suscripción y pago de acciones, cuotas o partes de interés por cuenta y en nombre de socios de la sociedad escindente, la lleva a cabo dicha persona jurídica, que es distinta de los beneficiarios de tales aportes[8] y que es titular de un patrimonio propio. Es en virtud del carácter instrumental o, si se prefiere la expresión, puramente funcional de la personalidad jurídica, que la transferencia de parte o de la totalidad del patrimonio de la sociedad escindente a título de escisión no implica la adquisición por parte de ésta de bien alguno. Ello ocurre sin que esa ausencia de contrapartida represente un indebido detrimento

*[8] C.Co.Art.98*

patrimonial de la escindente frente a sus acreedores y a sus socios ; y es tan claro el sentido de la figura que desde el punto de vista fiscal las transferencias patrimoniales entre sociedades que tienen por causa la escisión, no están sujetas al régimen tributario que es propio de las enajenaciones en general.

Hay que precisar que la escisión genera la suscripción y pago de nuevos aportes, los cuales pueden implicar, incluso, la sustitución total de las participaciones sociales en la sociedad escindente que formaban parte del activo de propiedad de los socios, a cambio de participaciones en una o varias sociedades beneficiarias ; ello – como ya se dijo- ocurre ordinariamente cuando se disuelve la sociedad escindida, y puede ocurrir también cuando la participación resultante de la escisión conduce a que alguno o varios socios sólo participen en sociedades beneficiarias. Cosa distinta es que se lleve a cabo la enajenación de participaciones sociales en una cualquiera de las sociedades involucradas en la operación a un título distinto de la escisión, como podría ser el caso de una venta o de una permuta, por ejemplo, eventos que pueden darse perfectamente en forma concurrente con una escisión, pero que tienen su propia identidad jurídica y generan los efectos que les son propios en cada caso, tanto desde el punto de vista de la ley comercial como en materia tributaria.

7. En interés de las sociedades involucradas en la escisión y en el de sus acreedores, es imperativo que los aportes correspondientes a las acciones o cuotas involucradas en el proceso de escisión sean efectivamente pagados, tal y como corresponde al denominado principio de la integración efectiva del capital de las sociedades. Y es en virtud del mismo principio que una escisión no conduce a una reducción patrimonial a costa de la prenda general de los acreedores, cuyos intereses están protegidos en los términos de los ya citados artículos 6º y 10 de la Ley 222 de 1995, en el último de los cuales se establece la responsabilidad solidaria de todas las sociedades participantes por el cumplimiento de una beneficiaria de una obligación asumida por la escisión o de la escindente por una obligación anterior a dicha reforma, responsabilidad limitada a los activos netos que les hubieren correspondido en la escisión, que son los originariamente comprendidos en el patrimonio de la sociedad escindida.





8. Establecido así el sentido de este aspecto del régimen de la escisión con base en su contexto, la regulación del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero sobre el particular respalda la interpretación ya planteada. En efecto, en el artículo 67 del Decreto 663 de 1993 se dispone que *" La empresa y el patrimonio de una entidad sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, con excepción de los intermediarios de seguros, 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."-la subraya no es del texto-*. Dicha disposición no responde en este aspecto a ninguna particularidad exclusiva del régimen de las escisiones en el caso de las instituciones financieras, por lo cual confirma que la participación de los socios de la sociedad escindida en el capital de las sociedades beneficiarias no es un elemento esencial de la figura ni responde a una exigencia legal imperativa. Y cabe agregar que esta disposición tiene su antecedente en uno de los dos proyectos elaborados con ocasión de la revisión del proyecto de Código de Comercio de 1958[9] la cual condujo a la expedición del vigente sin la consagración de la escisión, no obstante lo cual era perfectamente viable en desarrollo de la libre autonomía privada.

9. Con base en lo expuesto, esta Superintendencia comparte el planteamiento consistente en que los socios de la sociedad escindente pueden dejar de participar en el capital de la sociedad o sociedades beneficiarias, y que se respalda en su consulta con la tesis ya expuesta en la doctrina nacional por el profesor Francisco Reyes Villamizar -también citada por usted-, quien a propósito del artículo 3º de la Ley 222 de 1995 ha señalado que *"En este punto es importante aclarar que aunque la norma transcrita da a entender que los socios de la escindente deben mantener en las beneficiarias alguna participación – en principio proporcional a la que tenían en aquélla-, la exigencia del voto unánime permite no sólo cambiar esta proporcionalidad sino también la circunstancia misma de que los socios de la escindente no participen en absoluto en el capital de las compañías beneficiarias.....*[10]

*[9] "ARTICULO 180 -La empresa y el patrimonio de una sociedad podrán subdividirse en dos o más empresas que constituyan el objeto de dos o más sociedades formadas por todos o algunos de sus socios". Revista de Derecho Mercantil, Organo del Colegio de Abogados Comercialistas, Año 2, Abril de 1973, Tomo II, página 221,"Proyecto de Código de Comercio Exposición de motivos. Libro Segundo. De las sociedades comerciales observaciones preliminares", Proyecto preparado por los doctores Humberto Mesa González, Luis Carlos Neira Archila , José Gabino Pinzón Martínez y León Posse Arboleda*

*[10] Reyes Villamizar, Francisco, Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos, Cámara de Comercio de Bogotá, 1996, págs. 97-98*

Por último, este Despacho se permite insistir en que la apreciación de las conveniencias de una escisión corresponde exclusivamente a sus interesados; y una razón importante para definir una alternativa legal consiste, precisamente, en no incurrir en actuaciones ilegales. En este sentido, si es pertinente anotar que en ningún momento de la operación, ni siquiera de manera transitoria, se puede presentar una situación prohibida legalmente, como quiera que la ineficacia de la participación de una sociedad subordinada en el capital de su matriz se presenta cualquiera que sea el título de dicha participación y abstracción hecha de si ello ocurre temporalmente, por ejemplo, en medio de una escisión múltiple, pues a fin y al cabo ningún acto o negocio jurídico puede servir de pretexto para una violación legal, o convertirse en un medio de fraude a la ley. (Oficio 100-73105 noviembre 19 de 1998). Boletín No. 2 de 1999.

## TRADICIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES Y DEMÁS BIENES SUJETOS A REGISTRO COMPROMETIDOS EN LA ESCISIÓN DE SOCIEDADES DEL SECTOR REAL

El artículo 9o. de la Ley 222 de 1995, al determinar los efectos jurídicos y económicos que tienen ocurrencia con motivo de la escisión, tanto entre las sociedades participantes como frente a terceros, es explícito al indicar que para las modificaciones del derecho de dominio sobre inmuebles y demás bienes sujeto a registro, **basta con enumerarlos en la respectiva escritura de escisión, indicando el número de folio de matrícula inmobiliaria o el dato que identifique el registro del bien o derecho respectivo. Advierte adicionalmente que con la sola presentación de la escritura de escisión deberá procederse al registro correspondiente.**

Se aprecia como el legislador en este aspecto fue uniforme en el procedimiento que el artículo 111 del Código de Comercio contempla para la constitución de la sociedad cuando quiera que en ese acto se aporten inmuebles u otros bienes sujetos a registros especiales, teniendo en cuenta que en ese caso es





indispensable inscribir en la entidad que corresponda la transferencia del dominio que con el acto se realiza, pues mientras ese requisito no se surta no opera la transferencia de los bienes. Es así como la norma advierte que en esos eventos la escritura social debe registrarse en la forma y lugar prescritos en el Código Civil para los efectos relacionados con la propiedad inmueble.

Lo que evidentemente se pretende al establecer que se incluyan los diferentes actos en una misma escritura es obviar los trámites y solemnidades que en otras condiciones habría necesidad de cumplir por separado con el fin de perfeccionar cada uno de los actos que implican traslación, limitación o gravamen de la propiedad inmueble cuando ellos se den como consecuencia de la constitución de una sociedad o se realicen con ocasión de un proceso de escisión o fusión que ellas adelanten, en aras de facilitar los procedimientos legales, amén de los costos que se evitan los intervinientes al otorgar un solo instrumento público.

Con ese propósito la Ley 222 de 1995 al regular la escisión previó que para las modificaciones del derecho de dominio sobre inmuebles y demás bienes sujetos a registro, bastará enumerarlos en la escritura que de cuenta de la escisión, haciendo la identificación correspondiente, de manera que con la simple presentación de dicha escritura debe procederse al registro a que haya lugar en cada caso, lo que en otras palabras significa de una parte que esa inclusión es suficiente para dar por perfeccionada la tradición de los citados bienes y de otra, que no hay lugar para exigir en esos casos el cumplimiento de otro requisito adicional, pero en modo alguno puede de ahí inferirse que sea ese el único mecanismo idóneo para el efecto.

Ahora bien, de conformidad con las disposiciones del Decreto 663 que regulan el procedimiento a que está sujeta la fusión y la escisión de las instituciones financieras o entidades aseguradoras vigiladas por la Superintendencia Bancaria, para la modificación del titular del dominio de los inmuebles y demás bienes sujetos a registro o inscripción pertenecientes a las entidades disueltas, bastará con que éstos se enumeren en la correspondiente escritura sea de fusión o de escisión o, en escrituras adicionales a éstas y, que se

relacionen los números de folio de matrícula inmobiliaria o se identifiquen el registro del bien o registro respectivo, de donde se observa que a diferencia de la disposición de la Ley 222 atrás indicada, ésta contempla la posibilidad de relacionar los bienes que hayan de transferirse ya sea en la misma escritura de fusión o de escisión o, en escrituras adicionales.

Así, tenemos que independientemente de lo que el Estatuto Financiero establezca al respecto, es a todas luces claro que los intervinientes sea en la fusión como en la escisión, aun tratándose de sociedades distintas a las mencionadas, pueden otorgar en todo caso escrituras adicionales en los mismos términos que establece el artículo 113 del Código de Comercio para la escritura de constitución, toda vez que así como éstas son procedentes cuando se hayan omitido indicaciones que para el efecto sean necesarias, nada obsta para que lo sean también en aquellos eventos, cuando los otorgantes deliberadamente quieran optar por ese mecanismo, en cuyo caso la escritura o escrituras adicionales de todos modos se entenderán incorporadas a la fusión o la escisión según corresponda, siempre que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 48 del Decreto 2148 de 1983, en concordancia con las disposiciones del Decreto 960 de 1970, a su otorgamiento concurran todos los intervinientes antes de que se haga la inscripción. En esas circunstancias las oficinas de registro de instrumentos públicos o quien tenga a cargo el registro o inscripción correspondiente efectuarán las anotaciones a que haya lugar con la presentación de la escritura pública de escisión y sus adicionales.

**De hecho debe señalarse que el artículo 178 del Código de Comercio al regular los efectos patrimoniales de la fusión, establece que la tradición de los inmuebles se realizará por la misma escritura de fusión o por escritura separada, registrada conforme a la ley, de donde se reafirma que es discrecional de los intervinientes optar por la prerrogativa que les otorga la ley de recoger los distintos actos en un solo instrumento público, o proceder en sentido diferente; siempre y cuando se cumplan las formalidades que la ley consagra para cada uno de ellos.**





En síntesis, a juicio de este Despacho es perfectamente viable para los efectos a que alude el artículo 9o. de la Ley 222 de 1995, enumerar los inmuebles y demás bienes sujetos a registro comprometidos en la escisión de sociedades no sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, ya sea en la misma escritura en que se formalice la escisión o, en escrituras adicionales a ésta si los intervinientes consideran conveniente esta última alternativa, a pesar de los mayores costos que demande el acto. (Oficio 220-12307 marzo 25 de 1998).

## TRATAMIENTO CONTABLE EN EL PROCESO DE ESCISIÓN

A propósito de la utilización de la cuenta de revalorización del patrimonio como contrapartida de los activos a escindir, procede las siguientes consideraciones:

1. La legislación comercial ha previsto la escisión de sociedades en el Capítulo II, Título I, de la Ley 222 de 1995, y en su artículo 3º. dispuso que habrá escisión de una sociedad cuando:

a) Sin disolverse, transfiere en bloque una o varias partes de su patrimonio a una o más sociedades existentes o las destina a la creación de una o varias sociedades.

b) Se disuelve sin liquidarse dividiendo su patrimonio en dos o más partes, que se transfieren a varias sociedades existentes o se destinan a la creación de nuevas sociedades.

Para efectos de determinar el sentido y alcance de lo anotado, es necesario acudir al principio según el cual las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas; y si el legislador las definió expresamente para ciertas materias, se les dará su significado legal.

Cuando la ley previó la transferencia en bloque de una o varias partes de su patrimonio, o la división del mismo en dos o más

partes, no le asignó un alcance particular (contable, tributario, etc.), razón por la cual, el sentido de la norma lo determina el significado de sus palabras, para el efecto se traen algunas definiciones así:

El diccionario jurídico de Cabanellas define patrimonio como "*El conjunto de bienes, créditos y derechos de una persona y su pasivo, deudas y obligaciones de índole económica II Bienes propios, adquiridos personalmente por cualquier título II Conjunto de los derechos y de las cargas, apreciables en dinero, de que una misma persona puede ser titular u obligada y que constituye una universalidad jurídica* "[1]

El Diccionario de la Lengua Española por su parte define patrimonio como: *"Hacienda que una persona ha heredado de sus ascendientes II Bienes propios adquiridos a cualquier título".* También define patrimonialidad como "...*el conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un bien, susceptibles de estimación económica".* [2]

2. En cuanto al tratamiento contable que se debe seguir en el proceso de escisión, es oportuno indicar que el primer inciso del artículo 9º. de la Ley 222 de 1995, consagra que una vez inscrita en el registro mercantil la escritura pública, operará, entre las sociedades intervinientes y frente a terceros, la transferencia en bloque de sus activos y pasivos de la sociedad escindente a las beneficiarias, sin perjuicio de lo previsto en materia contable.

Para el efecto, cabe indicar que en el Plan Único de Cuentas contenido en el Decreto 2650 de 1993, la clase 3 describe el patrimonio como "...*el conjunto de las cuentas que representan el valor residual de comparar el activo total menos el pasivo externo, producto de los recursos netos del ente económico que han sido suministrados por el propietario de los negocios. Comprende los aportes de los accionistas, socios o propietarios, el Superávit de Capital, Reservas, la Revalorización de Patrimonio, los Dividendos o Participaciones Decretados en Acciones, Cuotas*

[1] *CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta Tomo VI, 20ª Edición.*
[2] *REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Primera Edición. 1992.*





*o Partes de Interés Social, los Resultados del Ejercicio, Resultados de Ejercicios Anteriores y el Superávit por Valorizaciones".*

Sobre esto último, el artículo 4º. de la Ley 222 de 1995, contempla que el proyecto de escisión debe contener por lo menos: "*4,. La discriminación y valoración de los activos y pasivos que se integran al patrimonio* de la sociedad o sociedades beneficiarias" (el subrayado es nuestro).

El artículo 37 del Decreto 2649 de 1993 por su parte, define el patrimonio desde el punto de vista contable, como un elemento de los estados financieros constituido por el valor residual de los activos del ente económico, después de deducir todos sus pasivos.

Igualmente debe destacarse que uno es el significado jurídico, lato o genérico del término patrimonio, refiriéndose a los activos y pasivos de la sociedad, en tanto que el mismo desde el punto de vista contable hace alusión básicamente a las diferentes cuentas que lo integran. Como puede observarse, involucra los bienes, derechos y obligaciones que pertenecen a la compañía escindente, cuando hace alusión a la transferencia en bloque de activos y pasivos.

De otra parte, cabe indicar que las cuentas que integran el patrimonio en un balance general, no se identifican en su mayoría con determinados rubros del activo. En cuanto a los ítems que lo componen, puede afirmarse que representan derechos de los propietarios del ente económico, que tienen un origen conocido y por ende, el objetivo y destinación que le fija la ley o los estatutos y el máximo órgano social, en los casos de su competencia.

En consecuencia, es dable afirmar que no es lo mismo por su origen el superávit por valorización de propiedades, planta y equipo o de inversiones, frente a la revalorización del patrimonio; tampoco estos rubros son equiparables con las reservas del origen legal, estatutaria u ocasional, el capital social, las utilidades acumuladas o el superávit de capital por la aplicación de método de participación.

Más aún, pueden existir resultados de ejercicios anteriores negativos (pérdidas acumuladas) e inclusive la revalorización del patrimonio con saldo débito, que podrían afectar, como de hecho ocurre, la conformación del patrimonio en el proceso de escisión.

3. La reforma estatutaria consiste en la escisión, tiene por objeto la reorganización o reestructuración del ente económico para llevarlo a su justa medida, mediante la transferencia de una o varias partes de su patrimonio, de acuerdo con su entorno, el objeto social que desarrolla, la voluntad de los propietarios, la especialidad de las operaciones, así como para concentrar los esfuerzos operativos y administrativos con propósitos específicos.

En este orden de ideas y teniendo en cuenta el fin perseguido, debe conformarse la estructura financiera y contable de las sociedades beneficiarias, incluyendo los activos y pasivos transferidos en el proceso en comento. Además, debe observarse que de conformidad a lo previsto en el inciso final del artículo 3º. de la Ley 222 de 1995, los socios deben participar en las sociedades beneficiarias en la misma proporción que poseen en la escindente, salvo la excepción allí prevista.

Ahora bien, la sociedad beneficiaria al recibir los bienes, derechos y obligaciones transferidos por la escindente, necesariamente debe afectar las cuentas del balance general que le correspondan, de acuerdo con su naturaleza misma. Es decir, se debe conservar en la beneficiaria la denominación de los respectivos rubros tanto del activo como del pasivo y patrimonio, valga afirmar con respecto a este último, el capital social, las reservas legal, ocasional o estatutaria, las utilidades, la revalorización de patrimonio, el superávit, etc., que se trasladen de la compañía escindente, salvo que en el mismo acto de escisión, se apruebe una destinación diferente conforme a las normas vigentes, como es el caso de las capitalizaciones.

4. Las normas vigentes no establecen limitaciones en cuanto a los activos y pasivos que han de ser transferidos a las beneficiarias, por lo cual ha de entenderse que se permite que la escindente traslade los bienes, derechos y obligaciones que sean acordes con





los motivos y las condiciones en que se llevará a cabo la escisión, según el proyecto aprobado por el máximo órgano social de cada una de las sociedades que participen en dicho proceso, de tal manera que en la contabilidad, se refleje la realidad económica de la operación que se realizó.

Al respecto el doctor Francisco Reyes Villamizar expresa: "*En la escisión absorción, la transferencia global de parcelas patrimoniales no se destina a constituir el capital de nuevas sociedades, sino a incrementar el patrimonio de sociedades ya existentes. Dicho incremento se produce coetáneamente con la determinación mediante la que se adopta la escisión, en cuantía idéntica a la representada por la parte patrimonial segregada. El aumento patrimonial se destinará a la capitalización de la sociedad o sociedades beneficiarias.*[3]

En el evento de que la beneficiaria sea una compañía existente, es entendido que ya posee el capital social y tiene conformada la participación de los socios o accionistas, razón por la cual, no resulta imperativo trasladar capital de la escindente, hecho que si fuese menester en la creación de una nueva sociedad.

Otro aspecto que debe tenerse en cuenta al llevar a cabo la escisión, es el mantenimiento o sustitución de las garantías de los acreedores. Tampoco se deben vulnerar los derechos de trabajadores, pues la figura no puede convertirse en un instrumento para fortalecer determinados negocios, en perjuicio de terceros de buena fe o empleados de la empresa. Por lo tanto, a esta entidad le corresponde analizar y decidir sobre cada reforma en particular, con especial énfasis en las especificaciones que debe contener el proyecto de escisión respectivo, en los términos del artículo 4º. de la Ley 222 de 1995.

En conclusión,si bien la transferencia en bloque de una o varias partes del patrimonio de una sociedad que se escinde o la división del mismo en dos o más partes hace referencia a los bienes

[3] *REYES Villamizar Francisco, Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos. Ed. Cámara de Comercio de Bogotá, Pág. 108*

derechos y obligaciones en que, al tenor de lo previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 3º. de la Ley 222 de 1995, las normas vigentes no imponen limitaciones sobre las partidas patrimoniales que se han de transferir a las beneficiarias, razón por la cual, pueden los involucrados en la operación pactar la clase de activos y pasivos a transferir, en el entendido que se ajusta estrictamente a los motivos y condiciones en que se realizará la escisión y que no contraviene disposiciones de carácter legal o técnico contable.

Sin embargo, cuando en la asignación de activos resulten partidas vinculadas con determinados rubros patrimoniales, éstos se deben trasladar en su totalidad a la compañía beneficiaria, como es el caso del superávit por valorizaciones de propiedades planta y equipo, de inversiones y de otros activos. Igualmente el superávit de capital par la aplicación del método de participación en inversiones en subordinadas, así como por el reconocimiento del Know How. (Oficio 106-21318 mayo 7 de 1998).

## TRANSFERENCIA DE DERECHOS DE LA ESCINDENTE A LA ESCINDIDA

**PRESUPUESTOS**:

1.- Se pretende llevar a cabo el proceso de escisión de una sociedad, continuando con la compañía originaria y creando una nueva como fruto de la segregación jurídica y patrimonial de aquella. (Subraya fuera del texto).

2.- La sociedad actual tiene adquiridos derechos y obligaciones entre los que se cuentan los derivados de contratos privados y administrativos, y en el caso específico de estos últimos, contratos de concesión de servicios de comunicaciones.

3.- La sociedad ha venido desarrollando sus actividades sociales mediante dos empresas completamente independientes, desde los puntos de vista técnico, locativo,





administrativo y financiero, pero bajo una misma persona jurídica.

4.- Todos los actuales socios participarán en el capital de la sociedad escisionaria, en la misma proporción o participación que tienen en el capital de la sociedad escindida. (Subraya fuera del texto).

**CONSULTA:**

No obstante que la filosofía, los presupuestos y las consecuencias propias de la escisión, implican que los derechos, atributos y privilegios de la sociedad escindida, relacionados con la parte segregada, se transfieren a la sociedad escisionaria, pues de no ser así, los socios simplemente constituirían una nueva sociedad al amparo del artículo 98 del Código de Comercio, se consulta:

a) Qué efectos jurídicos produce la escisión con respecto a los contratos privados, a las licencias otorgadas y a los contratos administrativos de comunicaciones (de radiodifusión sonora, de concesión de espacios de televisión y de concesión del servicio de televisión por suscripción), vigentes y en ejecución al momento de aprobarse la escisión?.

b) La sociedad escisionaria continúa con las obligaciones y conserva todos los derechos, atributos y privilegios, inherentes a la empresa que constituye su objeto social y que hubieren sido adquiridos por la sociedad escindida?.

c) Teniendo en cuenta que los registros de proponentes normalmente exigen cierta antigüedad y experiencia al contratista o concesionario, así como otras cualidades y calidades, la sociedad escisionaria continúa con tales privilegios adquiridos por la sociedad escindida?.

En aras de examinar la temática planteada, es pertinente citar, previamente, algunos de los aspectos que sobre la escisión han sido estudiados y expuestos por este Despacho mediante los oficios

220 - 9371 y 220 - 1397 del 18 de marzo de 1993 y 25 de enero de 1994, respectivamente, en razón de que los mismos serán fundamento de los planteamientos siguientes:

Por el segundo oficio en cita se expresó que «la escisión ha sido entendida como aquel fenómeno en virtud del cual se produce una segregación o disgregación jurídica y patrimonial de una sociedad en dos o más sociedades, bien sea que se creen para tal fin o bien sea preexistentes al acto de la escisión, fenómeno que puede comportar la continuidad de la sociedad originaria o también su extinción, todo ello según la decisión de los asociados».

Se consideró, como procedimiento aplicable a la escisión, el mismo previsto en el Código de Comercio para la fusión, entre otras razones, porque «en ambas operaciones se halla involucrado el patrimonio social como una universalidad jurídica» y « por la similitud de los derechos y garantías que deben protegerse en las dos figuras en estudio» (ídem).

Así mismo, se manifestó que «la escisión tiene origen en una decisión de los asociados» (ídem), toda vez que, al ser ellos quienes acuerdan y estipulan las bases para el desarrollo de la empresa y los interesados en sus resultados, son también quienes, en ejercicio de la voluntad soberana que les corresponde con respecto a los destinos sociales, determinan modificar parcial o sustancialmente dichas bases, valga decir, dar un tratamiento distinto al ente jurídico, bien disolviéndolo ora continuando con él sin disolverlo pero de manera segregada.

Son los socios, entonces, quienes proponen, convienen y definen, entre otros, el contenido mismo de la escisión así como las condiciones en que la misma se realizará y, si bien, como se afirmó en el oficio 220 - 9371, «no hay un compromiso de fusión propiamente dicho para adoptar esta medida por la carencia de pluralidad de sujetos de derecho, sino que la misma es concentrada» a diferencia de lo que acontece con la fusión, es menester que, fundamentalmente, la decisión correlativa se tome por parte del máximo órgano social con el voto de la mayoría calificada exigida para la fusión, que comporta, a su turno, «la aprobación de la





distribución de las partes de interés, cuotas o acciones con los métodos de evaluación que se utilicen» (ibídem), todo lo cual debe quedar plasmado en el acta que para el efecto se levante en la respectiva sesión, siendo del caso mencionar que los datos exigidos en el artículo 173 de la codificación mercantil habrán de quedar de todas formas contenidos en el documento, circunscribiendo los mismos a los connaturales de la figura en comento.

Finalmente no sobra anotar que, habida cuenta que la escisión conlleva una liquidación parcial de la sociedad que se escinde, en la medida en que a los asociados que se retiran o disminuyen su participación para formar parte de la nueva sociedad se les reconoce el valor de los aportes respectivos más el de los beneficios concernientes, «**los que van a estar representados en los bienes de que se desprende la entidad escindida, sustracción hecha de las obligaciones correspondientes»**, (Oficio 220-1397), es dicho valor el que está llamado a formar 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 origina en razón de la liquidación parcial aludida y no en el traspaso que ellos hacen de parte de su patrimonio» (ídem).

Vistos los anteriores planteamientos, se procederá al examen de los interrogantes motivo de su consulta, en el mismo orden en que fueron formulados.

**PRIMER CUESTIONAMIENTO.**

En primer término, es oportuno anotar que por el artículo 1495 del Código Civil, el contrato se define como «el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa», esto es, aquel negocio jurídico de contraprestación dirigido en forma directa al establecimiento de obligaciones, en tanto que por el artículo 864 del Código de Comercio, «el contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellos una relación jurídica patrimonial», valga decir, un negocio jurídico, bien de contraprestación o de colaboración, por el cual, además de generar o regular obligaciones o relaciones jurídicas patrimoniales, se podrán extinguir aquéllas.

En segundo término, puesto 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, esto es, que habrían de ser transferidos o traspasados a la escisionaria en razón de 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.

Por lo tanto, si bien, eventualmente, la anterior premisa puede llegar a ser de suyo de lógica ocurrencia dentro del mundo de lo fáctico, es lo cierto que deben tomarse en consideración algunos de los siguientes supuestos, en aras de encontrar su viabilidad o procedencia jurídica.

Como quiera que, de conformidad con los presupuestos por usted formulados, 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, esto 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, teniendo en cuenta que son los mismos socios de la compañía que se escinde quienes acuerdan las condiciones de la misma en la decisión de escisión vr. gr. el objeto social que la escindida continuará ejerciendo, la empresa de la escisionaria, los bienes, obligaciones y derechos que les corresponde a cada una asumir o ejercer como consecuencia del traslado atinente, 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 de su consecución.

Así las cosas, tratándose de contratos mercantiles, se prevé por el artículo 887 del Código de Comercio que, tanto los de ejecución periódica o sucesiva, como los de ejecución instantánea que no hayan sido cumplidos en todo o en parte, **cada una de las partes** (en este caso, la escindida) **podrán hacerse sustituir por un tercero** (escisionaria), **en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por ley o por estipulación de las mismas partes no se haya prohibido o limitado dicha sustitución.**

La misma sustitución procede en los contratos mercantiles **intuitu personae**, para lo cual se requiere de la aceptación del contratante cedido.

Para los anteriores efectos habrán de observarse las reglas atinentes a las formalidades, responsabilidad del cedente y cedido, extensión de la cesión y demás particularidades contempladas en el artículo 888 ídem y siguientes.

Por otra parte, respecto de los contratos estatales, esto es, de los definidos en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, entre los cuales se encuentran los genéricos de concesión (num. 4 ídem), es de señalarse que, de acuerdo con el artículo 41 ibídem, «son intuitu personae y, en consecuencia, una vez celebrados **no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante.**»

En relación específica con los contratos de concesión de los servicios y actividades de telecomunicaciones, determinados por el artículo 33 ídem, se establece que «los servicios y las actividades de comunicación **serán prestados mediante la concesión otorgada por contratación directa o a través de licencias** por las entidades competentes, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Ley 1900 de 1990 o en las normas que lo sustituyan modifiquen o adicionen» (in. 5o. ídem).

No sobra señalar que, de acuerdo con el parágrafo del artículo 33 ibídem, «los procedimientos, contratos, modalidades de asociación y adjudicación de servicios de telecomunicaciones de que trata la Ley 37 de 1993, continuarán rigiéndose por lo previsto en dicha ley y en las disposiciones que la desarrollen o complementen», razón por lo cual deberá acogerse ésta en lo pertinente para el referido propósito, en cuyo caso si no se prevé disposición explícita y expresa prohibitiva o limitativa alguna, procederá la sustitución a que se ha hecho alusión. Igual premisa se aplica para los servicios de televisión que se concederán mediante contrato, de conformidad con las normas legales y disposiciones especiales sobre la materia.

Por ende, si en los respectivos contratos de concesión administrativos las partes no han limitado o prohibido la cesión del mismo, podrá la escindida sustituir las correlativas relaciones derivadas del mismo en cabeza de la escisionaria, siempre que se obtenga de la entidad contratante, se reitera, la autorización escrita comentada y en forma previa al acto de escisión, atendiéndose a la normatividad especial en cada caso según se ha referido.

En este orden de ideas, se desprende, entonces, que es factible que los contratos privados en comento sean objeto de segregación o disgregación junto con la parte patrimonial que se separa con ocasión de la escisión y por el sólo hecho de ésta, esto es, sin necesidad de estipulación expresa alguna por parte de los socios en el acto de escisión sobre el particular, cuando la sustitución concerniente no requiera de la aceptación del contratante cedido y siempre que por norma imperativa especial o particular o por estipulación de las partes no se haya limitado o prohibido la sustitución.





No obstante, si ha de preceder la aceptación expresa del contratante cedido, deberá procederse de conformidad con lo regulado en los dichos eventos 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 acto de escisión, sobre el entendido, claro está, que en la decisión correlativa se han estipulado por los socios las condiciones de la misma en cuanto a obligaciones, derechos, prerrogativas, efectos y demás pertinentes.

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 se trate, 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.

**SEGUNDO CUESTIONAMIENTO.**

Sirven de fundamento para este punto los precedentes argumentos en lo que sea pertinente a su interrogante, toda vez que, como es sabido, al tenor del artículo 1494 del Código Civil, las obligaciones, cuando no nacen de un hecho voluntario de la persona que se obliga, de la ley o de un hecho que a inferido daño o injuria a otra persona, se originan en las convenciones o contratos.

Por lo tanto, en síntesis, los presupuestos pertinentes que han de atenderse sobre este particular son, en esencia:

-. Que se convenga en la decisión de escisión por los socios de la sociedad que se escinde, precisamente entre las condiciones de la misma, las obligaciones, derechos, atributos y prerrogativas que han de quedar a cargo de la escindida y las que se radicarán en cabeza de la escisionaria.

-. Que la correlativa sustitución o cesión de derechos y obligaciones no esté prohibida o limitada por preceptiva legal o convencional.

-. Que se dé cumplimiento a los requisitos y/o condiciones sustanciales y formalidades legales o convencionales para la misma.

-. Que se pacte la extensión de la sustitución, los efectos de la misma, así como la responsabilidad que cabe tanto a la escindida como a la escisionaria con ocasión de la sustitución, en armonía, por supuesto, con las reglas especiales previstas para el caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica que se trate.

Como es posible observar, son los anteriores aspectos los parámetros básicos a considerar para los efectos de su cuestionamiento.

**TERCER CUESTIONAMIENTO.**

En primer lugar, el artículo 22 de la Ley 80 de 1993 establece que «todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con las entidades estatales, **contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles,** se inscribirán en la cámara de comercio de su jurisdicción **y deberán estar clasificadas y calificadas de conformidad con lo previsto en este artículo».**

Por su parte, el Decreto 856 de 1994 por el cual se reglamenta el funcionamiento del Registro de Proponentes en las Cámaras de Comercio, dispone por el artículo 1o. que «el registro de proponentes **tiene por objeto la inscripción, la clasificación y calificación de todas las personas naturales o jurídicas** que aspiren a celebrar con las entidades estatales los contratos señalados en el artículo 22 de la ley 80 de 1993».

Es **obligatoria la inscripción, clasificación y calificación en el registro de proponentes,** al tenor del artículo 4o. ídem, para todas





las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con las entidades estatales los contratos señalados en el inciso 1o, del artículo 22 de ley 80 atrás transcrito.

Igualmente, se prevé por el numeral 2 ídem, la renovación anual de la aludida inscripción, «para lo cual los inscritos deberán diligenciar y presentar el formulario que para el efecto determine el Gobierno Nacional, junto con los documentos actualizados que en él se indique.» Los inscritos habrán de informar en dicho formulario las variaciones relativas a su actividad a fin que se tome nota de ellas en el registro correspondiente. En todo caso, «las personas inscritas podrán solicitar a la Cámara de Comercio la actualización, modificación o cancelación de su inscripción cada vez que lo estimen conveniente, mediante la utilización de los formularios que el Gobierno Nacional establezca para el efecto». (Ibídem). Análoga disposición se plasma en los artículos 6 a 10 del Decreto 856 de 1994.

En cuanto a la **clasificación y calificación de los inscritos**, el numeral 3 de la prenombrada norma contempla que **la realizarán las mismas personas interesadas en contratar** con las entidades estatales, ciñéndose estrictamente a la reglamentación que el Gobierno Nacional en aplicación de los criterios de experiencia, capacidad financiera, técnica, organización, disponibilidad de equipos tenga en cuenta y se presentará a la respectiva Cámara de Comercio simultáneamente con la solicitud de inscripción.

Sobre la capacidad financiera del inscrito se señala en el inciso segundo ídem, que se establece con base en la última declaración de renta y en el último balance comercial, tratándose de personas nacionales, o por documentos equivalentes cuando se trate de personas extranjeras.

Ahora bien, respecto de los criterios para la calificación y clasificación en el registro de proponentes, reglamentados por el Decreto 1584 de 1994, se tiene que por el artículo 1o., se define el primer concepto como «la asignación, **por parte del proponente**, del puntaje que le corresponde según lo previsto en el presente decreto y la fijación consecuente del monto máximo de contratación», mientras que por

el segundo se entiende la clasificación como «la determinación, **por parte del proponente**, de la o las actividades, especialidades y grupos que le correspondan, según la naturaleza de los trabajos **que estime pueda contratar con las entidades estatales»**.

Para los anteriores efectos, se regula en el decreto en comento, entre otros el formulario único para la inscripción en el cual se habrá de indicar, por ejemplo, los contratos ejecutados, el grupo dentro del cual se haya ejecutado, la relación del personal vinculado a la actividad(es) en la que se clasifique el aspirante, el área específica en la que se haya obtenido la experiencia, relación de equipo y disponibilidad, etc.; así mismo sobre la documentación e información estrictamente necesaria y demás requisitos según se trate de calificación y clasificación de constructores, proveedores y consultores.

Se vislumbra de la citada normatividad, entonces, que es posible para el proponente adjuntar la decisión de escisión para que sirva **como antecedente** de la calificación y clasificación de la escisionaria, como quiera que, sobre los presupuestos por usted relacionados, ésta asumirá, en forma especializada, una de las actividades de las que se ocupaba la sociedad que se escinde en quien reposa la experiencia en las diversas modalidades de contratación administrativa, más no pudiéndose entender, bajo ningún punto de vista, que sean «transferidas» «traspasadas» o «trasladadas» las condiciones de experiencia, calidades y demás de la escindida, habida cuenta que son propios e inherentes de esta.

Finalmente, en razón de que, al parecer, la clase de contratos a celebrarse por parte de la escisionaria tendrán relación con la concesión de los servicios y actividades de telecomunicaciones, es necesario tenerse en cuenta que «no se requerirá de este registro, ni de la calificación ni clasificación, en los casos de... contratos de concesión de cualquier índole», de conformidad con el inciso 6 del artículo 22 de la Ley 80 de 1993, preceptiva inserta en el artículo 4 del Decreto 856 de 1994 citado, lo cual significaría que, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 33 ibídem sobre la forma en que serán prestados los servicios y actividades en comento, esto es, concesión por contratación directa o licencia, que no sería menester acreditar las condiciones en comento. (Oficio 220-318 enero 4 de 1995).





## ESCISIÓN DE SOCIEDADES - DISTRIBUCIÓN DE LA CUENTA DE REVALORIZACIÓN DE PATRIMONIO

**PRIMER PLANTEAMIENTO:**

¿Operaría o no la escisión legalmente para el caso que se vaya a transferir varias partidas patrimoniales y entre ellas una partida patrimonial denominada Revalorización del Patrimonio?

El artículo 3º de la Ley 222 de 1995 se refiere a la escisión en los siguientes términos:

"**Modalidades**. Habrá escisión cuando:

1. Una sociedad sin disolverse, transfiere en bloque una o varias partes de su patrimonio a una o más sociedades existentes o las destina a la creación de una o varias sociedades.

2. Una sociedad se disuelve sin liquidarse, dividiendo su patrimonio en dos o más partes, que se transfieren a varias sociedades existentes o se destinan a la creación de nuevas sociedades.

3. La sociedad o sociedades destinatarias de las transferencias resultantes de la escisión, se denominarán sociedades beneficiaras," (Subrayas por fuera de texto).

Es de señalar que la disposición transcrita no definió la escisión, sino que se limitó a describir las modalidades de la figura. No obstante tal circunstancia, es necesario manifestar que del contenido de la norma es claro en el sentido que uno de los elementos de la esencia de la escisión, es la transferencia en bloque de una o varias partes del patrimonio de la sociedad escindida.

Este criterio que se expone se evidencia en los comentarios que la doctrina ha hecho acerca de la institución. En efecto, el profesor español Fernando Cerdá la define como:

"La división de su patrimonio social en dos o más partes, a fin de traspasar en bloque una, varias o la totalidad de estas partes resultantes de la división a una o varias sociedades preexistentes o constituidas a raíz de esta operación, recibiendo los accionistas de la sociedad escindida acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias en contraprestación a esta aportación". (Escisión de la sociedad anónima. Ed. Tirant. Valencia. 1993. Página 29, quien es citado por Reyes Villamizar Francisco. Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos, Cámara de comercio de Bogotá, 1996, página 80. Subrayas fuera de texto).

La doctrina nacional se ha referido a este tema, en los siguientes términos:

" **Notas características.** Con base en la noción elemental, la escisión implica un fraccionamiento o división del patrimonio de una sociedad y el traspaso a otra de por lo menos una de las partes que resulte de la división, elementos que la ley colombiana contempla dentro de la descripción de las modalidades que regula.

... en nuestro caso, puede afirmarse entonces que la escisión, en términos más estrictos, es la operación que conlleva el traspaso como una universalidad jurídica de uno o más de las partes resultantes del fraccionamiento del patrimonio de una sociedad, a otra u otras, y la integración en éstas, de los socios de aquélla. Como se ve, esta definición permite distinguir claramente las notas características descritas y sin duda, da cabida a las modalidades, formas y combinaciones analizadas." (Salazar H. Jaime. La escisión mucho más que un instrumento de reestructuración empresarial. El derecho Societario Contemporáneo. Cámara de Comercio de Bogotá. 1997. Página 766)

En cuanto al concepto del patrimonio, esta Entidad ha expresado:

"En el caso concreto de las sociedades, el patrimonio social es entendido como el conjunto de valores de que la misma es titular, lo que le permite disponer del mismo y realizar en relación con los bienes que lo conforman toda clase de actos jurídicos, así





como afrontar activa o pasivamente las acciones judiciales que sean necesarias para su conservación protección.

En consideración a su significación económica, el artículo 37 del Decreto 2649 de 1993, lo define como: "el valor residual de los activos del ente económico después de deducir todos sus pasivos".

En la práctica, el patrimonio de acuerdo con el Decreto 2650 de 1993, está conformado por las cuentas de: capital social, superávit de capital, reservas, revalorización del patrimonio, dividendos o participaciones decretadas en acciones, cuotas o partes de interés social, resultados del ejercicio, resultados de ejercicios anteriores y superávit por valorizaciones." (oficio 220-13021 del 30 de marzo de 1998).

Concretamente sobre el tema de traslado de las cuentas como consecuencia de la escisión societaria, el Profesor Ignacio Sanín Bernal ha expresado:

DISTRIBUCIÓN DE LAS CUENTAS PATRIMONIALES: LIBERTAD RELATIVA

El patrimonio de la sociedad escindida es económicamente, la diferencia existente entre los activos y los pasivos externos o de terceros. El patrimonio como pasivo interno de la compañía está rotulado con varios nombres, dependiendo del origen y naturaleza jurídicos o contables de las cuentas. Sin que sea una enumeración taxativa, se identifican dentro del patrimonio: el capital suscrito (o social en las sociedades de responsabilidad limitada), la utilidad neta del período; las reservas legal, estatutaria y ocasionales; la prima en colocación de acciones o cuotas, las valorizaciones nominales, la cuenta de revalorización del patrimonio, y los superávit por amnistías patrimoniales.

Al asignar cuentas patrimoniales a las sociedades beneficiarias, debe distinguirse entre las autónomas y las vinculadas. Son autónomas aquellas que en cualquier proporción pueden ser compartidas entre la escindida y las beneficias, y son vinculadas

aquellas que de alguna manera están amarradas al patrimonio neto que se transfiere de una sociedad a otra, siguiendo con éstas su mismo rumbo.

Entre las cuentas patrimoniales autónomas existen unas de resultado neutro y otras de incidencia en el futuro manejo de las compañías:

Es intrascendente del resultado de la coparticipación que se haga de cuentas como la de revalorización del patrimonio (efecto de los ajustes integrales por inflación en el patrimonio), prima por colocación de acciones o cuotas, o reserva legal o estatutaria.

El capital (suscrito entre las sociedades por acciones, o pagado en las demás) puede distribuirse, siempre y cuando cada sociedad que perdure cuente con algún capital.

(...)

La necesaria o conveniente relación, según el caso de que se trate, entre los activos que se transfieren y los pasivos que se traspasan, y entre los activos que se reciben y las cuentas patrimoniales que se comparten. Es pertinente mencionar que la cuenta de revalorización del patrimonio debiera guardar una relación lógica con la redistribución que se haga de las otras cuentas patrimoniales que pudieron haberle dado origen.

-No se requiere por ley. Ni se deriva de la realidad, que la asignación parcial de cuentas del patrimonio entre las sociedades beneficiarias guarde una estricta relación a prorrata con los activos que son transferidos. Ya que, en casos determinados, es posible y conveniente que entre los activos y pasivos de la sociedad escindida, que se transfieren, no se encuentre una proporcionalidad entre las mismas cuentas que se trasladan, ya que puede ser conveniente que las beneficiarias asuman pasivos con terceros, o los asuman en un proporción muy diferente a los bienes que se les adjudican." (La Escisión Societaria. Reforma al Código de Comercio y Otros temas. Editorial Diké 1ª Edición 1996, página 204 y ss).





Es claro en consecuencia, que no existe óbice para que con ocasión de la escisión, se transfieran varias partidas patrimoniales y entre ellas la de revalorización, pues como quedó expuesto tal operación corresponde en su esencia a una desagregación patrimonial y de conformidad con el Decreto 2650 de 1993, la revalorización del patrimonio constituye una de las cuentas del patrimonio.

En otras palabras, la transferencia o desagregación de algunas de las cuentas del patrimonio corresponde a uno de los elementos de la esencia de la escisión.

**SEGUNDO PLANTEAMIENTO:**

¿Se puede argumentar en razón de la escisión, que la cuenta de Revalorización del patrimonio se esté fraccionando en la sociedad escindente y no se distribuya en la misma, alegándose además que se conservan las mismas características y restricciones legales, como las contenidas en el artículo 90 del Decreto 2649 de 1993?

Tal como se expuso atrás, no existe impedimento legal para que con ocasión de la escisión se traslade de manera total o parcial el valor correspondiente a la cuenta de revalorización del patrimonio, máxime cuando tal circunstancia es un efecto connatural de la figura. Ahora bien, en cuanto a las restricciones o limitaciones establecidas por la ley, en el sentido que el saldo proveniente de la cuenta de revalorización de patrimonio sólo puede capitalizarse o distribuirse su valor cuando el ente se liquide, no es un argumento válido que permita concluir que no es posible trasladar a la beneficiaria la cuenta de revalorización de patrimonio de la sociedad escindida, como quiera que se insiste, tal traslado no implica una transgresión a la regla del artículo 90 del Decreto 2649, sino que por el contrario, obedece al efecto natural de una figura respaldada en la ley, más aún si se tiene en cuenta que tal cuenta forma parte del patrimonio y como tal es susceptible de la desagregación propia de la escisión.

El valor transferido seguirá sujeto a las reglas que la legislación establece frente a las opciones con la cuenta de revalorización de patrimonio. En otras palabras, el traslado de la cuenta de

revalorización a la sociedad beneficiaria no permite alterar las reglas que la ley ha previsto acerca de la destinación de los saldos de dicha cuenta, pues se resalta, la cuenta conserva su identidad como tal, solo que adscrita a una sociedad distinta como consecuencia de la escisión, pero en lo demás no sufre modificaciones.

En este orden de ideas, nada impide que la sociedad beneficiaria proceda a capitalizar el saldo proveniente de la cuenta de revalorización de patrimonio, dando cumplimiento a las exigencias de ley.

**TERCER PLANTEAMIENTO:**

*¿Podría decirse que habría disminución de la cuenta de revalorización patrimonial, sólo si al sumar los valores parciales de dicha cuenta en las sociedades participantes, apareciera un menor valor al inicialmente dividido o bajo qué otras circunstancias?.*

En relación con este interrogante no debe perderse de vista que los valores consignados en la cuenta de revalorización de patrimonio, resultantes de la escisión deben coincidir plenamente con el monto registrado antes de la escisión en la mencionada cuenta. Dicho de otra manera si se trata de una escisión por creación en la cual la sociedad escindida tiene por ejemplo $100,00 en la cuenta de revalorización y transfiere parcialmente a favor de la beneficiaria $50,00, necesariamente la sociedad escindida deberá registrar con posterioridad a la escisión $50,00. Por ello, no resultaría ajustado a la ley que la escindida en el ejemplo planteado tan solo mantuviera como efecto de la operación (escisión) un valor de $30,00, pues la destinación de la cuenta de revalorización no puede ser afectada como consecuencia de la escisión. En otros términos, la diferencia sólo podría justificarse en la medida que tal valor ($20,00) haya sido capitalizado de conformidad con la opción prevista en el artículo 90 del Decreto 2649, lo cual corresponde a la única posibilidad de alterar los valores de la mencionada cuenta estando la sociedad activa.





En conclusión, no resultaría lícito que so pretexto de la escisión, se trasladara el saldo de la cuenta de revalorización a otras cuentas respecto de las cuales la ley no ha previsto dicho traslado, en razón a que tal proceder comporta una violación flagrante del ya mencionado artículo 90, pues tal como atrás se expresó, las restricciones allí consignadas siguen operando como consecuencia de la escisión, al no tener la virtud de alterar las reglas a las cuales nos hemos referido.

**CUARTO PLANTEAMIENTO:**

*El capital social de la sociedad escindida, podrá estar integrado por cada una de las partidas de la sociedad escindente?*

Las partes son libres para diseñar las reglas que a bien tengan en materia de fraccionamiento de cada una de las cuentas del capital. No obstante, deberán dar pleno acatamiento al manejo de aquellas cuentas vinculadas a los activos, por cuanto dependen necesariamente de ellos. Por tal motivo, no resultará lógico trasladar a una sociedad beneficiaria las valorizaciones provenientes de un activo y éste siga perteneciendo a la escindida, pues aquél rubro es consecuencia de la existencia del activo.

En cuanto a la revalorización del patrimonio, el Despacho acoge lo expresado por el Profesor Ignacio Sanín Bernal cuando afirma:

"(...) Es pertinente mencionar que la cuenta de revalorización del patrimonio debiera guardar una relación lógica con la redistribución que se haga de las otras cuentas patrimoniales que pudieron haberle dado origen". (Obra citada, página 206) (Oficio 220- 14425 abril 6 de 1998).

## AUTORIZACIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Establece el artículo 4o. de la Ley 155 de 1959 que las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios, cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan a veinte millones de pesos o más, están obligadas a informar al gobierno nacional de las operaciones que proyecten llevar a cabo para efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración.

Dicha información tiene como finalidad permitir el ejercicio de un control encaminado a velar porque con la operación proyectada no se produzca una indebida restricción a la libre competencia, para lo cual, el gobierno nacional, a través de la autoridad competente como lo es actualmente la Superintendencia de Industria y Comercio, pueda o no objetar la operación propuesta.

Del texto de la norma es claro que la obligación de informar y por consiguiente la de obtener el permiso de la Entidad referida, no se circunscribe al caso de la fusión, sino que por el contrario se hace indistintamente extensiva a todo proceso que origine o conlleve la consolidación de dos o más empresas, lo que obviamente ocurre cuando se presenta una unión o reunión en uno sólo, de los patrimonios de dos sociedades diferentes.

Ahora bien, en el caso de la escisión se tiene que si bien es cierto ésta, al contrario de la fusión, presupone una separación o división patrimonial lo que de por si implicaría un efecto contrario al evento que la norma citada contempla condicionándolo al informe previo señalado, es igualmente cierto que por la forma como fue regulada por la Ley 222 de 1995, es posible que la escisión eventualmente comporte también un fenómeno integracionista o de unificación patrimonial.





En efecto, la ley permite que una escisión sea en la modalidad de total o parcial pueda llevarse a cabo con sociedades beneficiarias que sean preexistentes al proceso de escisión, en cuyo caso el traspaso en bloque que se les surte de la sociedad escindida de una o más de las partes patrimoniales que surgen de la división, conlleva la unión de la parte que se transfiere, con el patrimonio de la respectiva beneficiaria, lo que constituye una consolidación o integración en los términos del artículo 4o. de la Ley 155 de 1959.

Además de lo anterior, es preciso tener en cuenta que el artículo 227 de la Ley 222 citada, categóricamente establece que en los casos de escisión de sociedades y en todos aquellos que impliquen consolidación o integración de empresas o patrimonios, deberá darse cumplimiento a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Consecuente con lo expuesto debe advertirse que, toda escisión en virtud de la cual una o más sociedades beneficiarias hayan de absorber una o más de las partes en que se fraccione el patrimonio o patrimonios de la sociedad o sociedades escindentes, como es el caso de las formas que la doctrina ha denominado escisión-fusión o escisión por absorción, deberá someterse a la consideración de la Superintendencia de Industria y Comercio, siempre que, como es obvio, se den los presupuestos exigidos para ello.

### ALCANCES DE LA APROBACIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA.

Frente al interrogante que cuestiona "si en los casos en que la escisión haya sido aprobada por la Superintendencia Bancaria, es o no necesario el permiso de la Superintendencia de Industria y Comercio", es preciso señalar que de atenderse al tenor literal de la inquietud formulada, habría que responder que no es necesario en esos casos el permiso aludido, pues precisamente lo que el parágrafo segundo del artículo 58 del Estatuto Financiero contiene, es una asignación al Superintendente Bancario de la potestad que el artículo 4o. de la Ley 155 citada le atribuye al gobierno nacional para objetar las operaciones de fusión, concentración o integración.

Es así como en estos eventos es improcedente el referido permiso, en razón a los alcances de la intervención que el Superintendente Bancario tiene en los procesos de fusión y escisión que adelanten las entidades sometidas a su control y vigilancia, pues para ese efecto se contempla un procedimiento que de suyo difiere del que regulan el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995 para las sociedades distintas a las indicadas. Tal procedimiento prescribe no propiamente una autorización de ese funcionario, sino una facultad para objetar la fusión o la escisión en el término fijado, estableciendo como una de las causales para fundamentar la objeción, el hecho de que como resultado de la operación se puedan afectar condiciones relativas a la libre competencia, lo cual justifica que sea innecesaria en esos casos la intervención de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Sin embargo, en atención a los supuestos de hecho mencionados, las sociedades que vienen adelantando el proceso de escisión que se encuentran vigiladas por esta Superintendencia, lo que de hecho sustrae del conocimiento del mismo a la Superintendencia Bancaria y obviamente del procedimiento especial que regula el Decreto 663 mencionado, contentivo del Estatuto Orgánico del sistema Financiero, supone que no tendría aplicación la disposición contenida en el parágrafo segundo del artículo 58 citado, de acuerdo con el cual no es necesario el permiso de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Cosa diferente es que por conllevar las escisiones proyectadas el traspaso a sociedades beneficiarias de acciones de distintas entidades financieras en porcentajes superiores al 10% del total de las acciones que tales entidades tienen en circulación, sea necesaria la aprobación de la Superintendencia Bancaria, en los términos del artículo 88 del Decreto 663, en procura de examinar la idoneidad, responsabilidad y carácter de las personas titulares de la propiedad accionaria en las instituciones financieras y velar por la protección del bienestar público, ampliamente ligado al sistema financiero.

Este es indudablemente un presupuesto legal diferente al que consagra el Estatuto Financiero en tratándose de fusión y escisión, ya que la





intervención de la Superintendencia Bancaria en el caso de las escisiones referidas, no se surte en razón a tales operaciones, respecto de las cuales como ya se indicó dicha entidad carece de facultad para determinar su procedencia, sino única y exclusivamente con motivo de uno de los efectos prácticos que se darán por la forma particular como ellas se van a realizar, intervención que está limitada a los fines que establece el artículo 88 citado.

En este orden de ideas cabe señalar que sin perjuicio de la aprobación de la Superintendencia Bancaria en lo que respecta al artículo 88 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, para ese propósito será necesario el permiso de la Superintendencia de Industria y Comercio en la medida en que se den los presupuestos que fija el artículo 4o. de la Ley 155 de 1959.

No obstante, es preciso advertir que por ser la Superintendencia de Industria y Comercio la autoridad administrativa que tiene a su cargo la función de velar por la adecuada aplicación de las normas legales sobre prácticas comerciales restrictivas, es ella en últimas la entidad autorizada para determinar en definitiva si le corresponde o no emitir el concepto aludido.

En todo caso y teniendo en cuenta que para efectos de la autorización que le corresponde impartir a tales escisiones, esta Superintendencia debe verificar si las mismas se han formalizado con sujeción a la plenitud de los requisitos legales pertinentes, por lo cual exigiría en su momento bien el permiso o manifestación de no objeción a las operaciones por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, o en su defecto, el concepto de la misma sobre la no necesidad del aludido permiso, según los términos del parágrafo segundo, artículo 4 de la Ley 155 de 1959.

Vale la pena advertir que en esta materia el parágrafo 2º. del artículo 4º. de la Ley 155 de 1995 expresamente consagra el silencio administrativo positivo en los siguientes términos:

"Si pasados treinta (30) días de haberse presentado el informe de que trata este artículo, no se hubiere objetado por el gobierno la operación los interesados podrán proceder a realizarla". (Oficio 220-7499 marzo 5 de 1998).

# LA CONSTITUCIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS NO SOCIETARIAS, COMO CONSECUENCIA DE UNA ESCISIÓN DE SOCIEDADES

Con toda atención se refiere esta Superintendencia a la consulta que le fuere formulada en torno a la viabilidad de una reforma estatutaria consistente en la escisión de una sociedad con la finalidad o el efecto consistente en constituir una o varias personas jurídicas de carácter no societario, como una empresa unipersonal, una corporación, una fundación o una asociación.

I. El artículo 3 de la ley 222 de 1995 describe las modalidades de escisión de una sociedad que puede o no disolverse previendo como destinatarias una o varias sociedades preexistentes o no. Sobre esa base, mediante oficio 100 73105 de noviembre 19 de 1998, este Despacho manifestó que "La escisión es una forma de reorganización empresarial que en el derecho societario vigente en Colombia está regulada como una reforma estatutaria; constituye entonces una modificación del contrato de colaboración y de ejecución sucesiva del cual son parte los socios, quienes en esa calidad tienen el derecho a continuar siendo parte de dicho negocio jurídico. Por decirlo de una manera gráfica, la fragmentación del patrimonio social de la sociedad escindente es sucedida por la aparición de varios contratos sociales correspondientes a diferentes sociedades, en los cuales los socios tienen vocación a participar".

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

[1] *Código de comercio, artículos 1, 20 y 25.*





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

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

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

Al ser la escisión un sistema de reorganización del patrimonio de una o varias sociedades, las beneficiarias pueden ser concebidas como simples medios o instrumentos dentro del proceso de escisión para efectos de la referida organización, por lo cual, y

[2] *En los términos de la ley 256 de 1995, artículos 1,2 y 3.*

como se examina en detalle a continuación, la escisión puede dar lugar o vincular a una o varias empresas unipersonales, igualmente aptas para alcanzar tal finalidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 222 de 1995, a cuyo tenor, **"ART. 80. Normas aplicables a la empresa unipersonal. En lo no previsto en la presente ley, se aplicará a la empresa unipersonal en cuanto sean compatibles, las disposiciones relativas a las sociedades comerciales y, en especial, las que regulan la sociedad de responsabilidad limitada (...)".**

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

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

Resulta entonces que puede ocurrir que los socios decidan unánimemente que en la entidad nueva creada en virtud de la escisión de una sociedad, sólo participe uno de ellos, con lo cual se impone entonces la constitución de una empresa unipersonal,





como quiera que, **" (...) En opinión de esta Superintendencia, la participación de los socios de una sociedad escindida en el capital de todas y cada una de la sociedades beneficiarias no es un elemento esencial de la escisión ; en los términos del artículo 1501 del C. C., aplicable a los actos y contraltos comerciales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 822 del Código de Comercio (en adelante "C. De Co."), se trata de un elemento de su naturaleza, y como tal admite una decisión en contrario, adoptada por unanimidad, según la exigencia especial y expresa del artículo 3o. de la Ley 222 de 1995 sobre el particular y, en el entendido de que dicha reforma estatutaria se ajuste en todos sus otros aspectos a la ley."**

Es necesario precisar que es legalmente viable que la persona jurídica resultante de una escisión pueda tener la forma de empresa unipersonal, dada la estructura jurídica de ésta última. En efecto, teniendo en cuenta las cuotas en que se divide su capital, y a las cuales les son aplicables tanto las reglas sobre participaciones sociales en general como sobre cuotas en particular, según se establece en el artículo 80 de la ley 222 de 1995, dichas cuotas son correlativas a la parte del patrimonio social de la sociedad escindente que se transfiere a título de escisión; y su suscripción y pago se hace por cuenta y en nombre del socio de la escindente que en el acuerdo de escisión recibe tales cuotas y se convierte en titular de la empresa unipersonal creada, al darse cumplimiento al mandato de la norma según la cual " los socios de la sociedad escindida participarán en el capital de las sociedades beneficiarias en las mismas proporciones que tengan en aquella, salvo que por votación unánime de las acciones, cuotas sociales o partes de interés representadas en la asamblea o junta de socios de la escindente, se apruebe una participación diferente"[3]. Sin embargo, se anota que sólo podrán segregarse las partes patrimoniales correspondientes, según el caso, a las de un socio a la vez, con destino a la creación de una o varias empresas unipersonales, pues de lo contrario éstas perderían una de sus características fundamentales, a saber, la existencia de un titular único.

[3] *Artículo 3, Ley 222 de 1995.*

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

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

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

   Es éste un supuesto que no ha sido excluído de la regulación prevista para este mecanismo de organización empresarial, habida cuenta que en el artículo 77 de la Ley 222 de 1995, se establece que "Cuando por virtud de la cesión o por cualquier otro acto jurídico, la empresa llegare a pertenecer a dos o más personas, deberá convertirse en sociedad comercial...". Ese acto jurídico puede ser ni más ni menos que la escisión, en cuyo caso la reforma que el mismo comporta permite cumplir con los requisitos para que opere el tránsito de empresa unipersonal a sociedad.

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

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

3. Por lo expuesto, resulta jurídicamente viable escindir empresas unipersonales, pues se trata de una figura de reestructuración





empresarial compatible en todo sus aspectos con la normatividad prevista para la empresa unipersonal, que puede efectuarse en condiciones de seguridad para los terceros vinculados a esta operación.

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

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

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

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

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

Entre las primeras importa mencionar a título enunciativo, las sociedades comerciales, por una parte, y los entes no lucrativos, a saber, las corporaciones o asociaciones, las juntas de acción comunal, las entidades de naturaleza cooperativa, las asociaciones mutuales, los fondos de empleados, entre otros.

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

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

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

*[5] Así por ejemplo, el artículo 100 de la ley 79 de 1998 conforme a la cual, a las entidades del sector cooperativo, fondo de empleados y asociaciones mutuales, les está vedado transformarse en sociedad comercial, y a la vez autoriza la fusión o incorporación únicamente cuando su objeto social sea común o complementario.*





participaciones de capital en la escindente y no forme parte de la beneficiaria.

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

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

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

V.C. Un último aspecto que merece particular atención se relaciona con el caso de las fundaciones, dada la prevalencia de la finalidad altruísta de las mismas y su carácter no asociativo, puesto que la transferencia patrimonial a la beneficiaria–fundación exige una contraprestación a favor de los asociados de la sociedad

*[6] Artículo 333, Constitución política, " la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio nadie podrá exigir permisos previos, ni requerimientos, sin autorización de la ley (...)."*
*[7] Artículos 6 y 10 de la ley 222 de 1995*

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

Las anteriores consideraciones permiten concluir afirmativamente sobre la posibilidad jurídica que tiene una persona de naturaleza no societaria para ser beneficiaria en una escisión de sociedad comercial.(Oficio 220 - 3637 de Enero 20 del 2000)





# ESTADOS FINANCIEROS

## EL REPRESENTANTE LEGAL Y EL REVISOR FISCAL DEBEN RENDIR CONJUNTAMENTE LAS EXPLICACIONES SOBRE LAS OBSERVACIONES QUE SE FORMULEN A LOS ESTADOS FINANCIEROS

Al respecto la Superintendencia de Sociedades tiene expresamente definido el ámbito de su competencia y en desarrollo de las atribuciones de inspección, vigilancia y control que ella ejerce sobre las sociedades comerciales , le corresponde, entre otras, velar porque las mismas cumplan con la obligación legal de elaborar y presentar oportunamente los estados financieros de fin de ejercicio en la forma y términos que determinan las disposiciones legales pertinentes, así como las normas de contabilidad que rigen en Colombia, para la cual está investida de facultades que en los términos de los artículos 83, 84, 85, 86 de la Ley 222 de 1995 y el artículo 2o. del Decreto 1080 de 1996 le permiten solicitar, confirmar y analizar la información sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa de cualquier sociedad, así como formular las observaciones que estime necesarias, y ordenar las rectificaciones a los estados financieros o a las notas que no se ajusten a las normas legales correspondientes.

Con fundamento en las disposiciones vigentes que el estatuto mercantil consagra en materia de estados financieros, en las que configura el régimen aplicable a los administradores y en las diferentes normas legales relacionadas con la revisoría fiscal, en particular en las que al efecto prevé la Ley 43 de 1990 y especialmente en los artículos 207, 208, 209 y siguientes del Código de Comercio, este Despacho cuando a ello hay lugar, solicita que el representante legal y el revisor fiscal suscriban conjuntamente las explicaciones sobre las observaciones que se formulan a los estados financieros que ella previamente ha analizado, sin que por ello se desconozca en manera alguna la

naturaleza que tienen las funciones del cargo que a cada cual le corresponda, ni la responsabilidad que a uno y otro le asigna la ley en el desempeño de las mismas ya que tales aspectos la entidad los tiene claramente establecidos dentro del marco que fija la ley.

**Precisamente por eso la entidad exige, que la información financiera que se allegue a la misma debe estar acompañada de los documentos adicionales que determina la ley (Informe de Gestión, Notas a los Estados Financieros, Dictamen del Revisor Fiscal y Proyecto de Distribución de Utilidades) de manera tal que pueda verificar en relación con cada uno de los órganos de administración y de fiscalización el cumplimiento de las obligaciones que a cada uno les imponen los estatutos y la ley.**

De ahí que al momento de requerir la información advierte categóricamente el Despacho, que carecerán de validez oficial y se tendrán por no escritos los estados financieros que no se acompañen de una Certificación completa, en los términos de los artículos 37 y 38 de la Ley 222 mencionada y, 33 del Decreto 2649 de 1993. Dictamen que supone la correspondiente responsabilidad legal del Revisor Fiscal, en la medida en que debe reflejar los resultados de la labor desempeñada en el ejercicio de su cargo, con sujeción estricta a las directrices que le fijan los artículos 207 y 208 del Código de Comercio, las cuales abarcan íntegramente todas las operaciones realizadas por la sociedad, razón por la cual obviamente el revisor debe junto con el representante legal rendir las explicaciones a las observaciones que se formulen, habida cuenta del carácter y la amplitud de los asuntos que son materia del dictamen. (Oficio 220-13946 abril 2 de 1998)

## RECONSTRUCCIÓN DE ESTADOS FINANCIEROS

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 135 del Decreto 2649 de 1993: "Los registros en los libros deben reconstruirse dentro de los seis (6) meses siguientes a su pérdida, extravío o destrucción, tomando como base los comprobantes de contabilidad, las





declaraciones tributarias, los estados financieros certificados, informes de terceros y los demás documentos que se consideren pertinentes.", merece especial atención el punto relativo a las declaraciones tributarias las cuales se constituyen en un importante elemento a efectos de reconstruir la contabilidad.

La citada disposición establece igualmente que los papeles extraviados, perdidos o destruidos pueden ser reemplazados a través de copia de los mismos que reposen en poder de terceros, y su extravío o destrucción debe ser denunciado por el ente económico ante la autoridad competente, en los términos del artículo 135 del Decreto 2649 de 1993.

De otra parte, de acuerdo con lo dispuesto en la regla quinta del artículo 70 del Código de Comercio " Si una de las partes lleva libros ajustados a la ley y la otra no lleva contabilidad o no la presenta, se decidirá conforme a los de aquélla, sin admitir prueba en contrario". No obstante, es preciso resaltar que al tenor de lo dispuesto en el Decreto 2649 de 1993, siempre será posible reelaborar los estados financieros.

En el evento en que se compruebe culpa o dolo de los administradores serán responsables solidaria e ilimitadamente de los perjuicios ocasionados a la sociedad, a los socios o a terceros.

*Ahora bien, debe tenerse en cuenta para efectos de la reconstrucción de los registros en los libros, que de conformidad con el mandato contenido en los artículos 445 y 446 del Estatuto Mercantil al fin de cada ejercicio social y por lo menos una vez al año, el treinta y uno de diciembre, las sociedades anónimas deberán cortar sus cuentas y producir el inventario y el balance general de sus negocios, balance que acompañado de los documentos consagrados en el referido artículo 446 deben ser presentados a la asamblea, norma esta aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada por remisión del artículo 372 ejusdem.*

Es preciso detenerse en el punto relativo a la obligación del representante legal de presentar a la asamblea el aludido estado financiero, razón por la cual para este Despacho, se insiste, resulta

extraña la afirmación en el sentido de que los estados financieros no pueden ser reconstruidos. Además, a simple título ilustrativo debe ponerse de presente que de acuerdo con el artículo 19 del referido Decreto la preparación y presentación de los estados financieros es responsabilidad de los administradores del ente.

*Finalmente cabe destacar que frente a casos en los cuales no se obtengan los documentos necesarios para reconstruir la contabilidad, el ente económico debe hacer un inventario general a la fecha de ocurrencia de los hechos, con el propósito de elaborar las respectivos estados financieros, tal como lo consagra el artículo 135 del Decreto 2649 de 1993.* (Oficio 220-50627 septiembre 22 de 1997)

## OBLIGACION DE HACER DEPÓSITO DE LOS ESTADOS FINANCIEROS

**1. Obligación de preparar y difundir estados financieros.**

El artículo 34 de la ley 222 de 1995 establece la obligación para las sociedades al fin de cada ejercicio social de cortar sus cuentas y preparar y difundir estados financieros de propósito general, debidamente certificados.

**2. Finalidad de los estados financieros.**

El artículo 19 del Decreto 2649 de 1993, establece que los estados financieros son el medio principal para suministrar información contable a quienes no tienen acceso a los registros de un ente económico.

Sobre el particular, el profesor Hernando Bermúdez Gómez señala:

"Como es sabido, los terceros no tienen acceso a los registros de un ente económico. Estos están protegidos por la llamada reserva comercial. De manera que los estados financieros de propósito general, en cuanto sean publicados, vienen a ser no sólo la principal fuente de información contable sino a veces la única que se dispone.





La necesidad de conocer la situación contable de un ente es común a los administradores, los dueños, el Estado y muchos terceros. De tal suerte que aunque no existiera obligación de difundir los estados financieros, éstos circularían para poder satisfacer esa necesidad.

El Comité Internacional de Normas de Contabilidad Financiera, IASC, resumió así ese diverso interés para conocer los estados financieros:

(...) 9. Los usuarios de los estados financieros incluyen inversionistas, empleados, prestamistas, proveedores y otros acreedores, clientes, ya sea actuales o de naturaleza potencial, así como el gobierno, agencias gubernamentales, y el público. Dichos usuarios utilizan los estados financieros a fin de satisfacer sus necesidades informativas".

**3. Publicidad de los estados financieros:**

**El artículo 41 de la ley 222 de 1995 establece que dentro del mes siguiente a la fecha en la cual sean aprobados los estados financieros de propósito general, se depositará copia de los mismos, junto con sus notas y el dictamen correspondiente, si lo hubiere, en la Cámara del domicilio social, la cual expedirá copia de tales documentos a quienes se los soliciten y paguen los costos correspondientes.**

Así mismo, consagra que las entidades gubernamentales podrán establecer casos en los cuales no se exija depósito o se requiera un medio de publicidad adicional.

A juicio del despacho la exoneración de la obligación del depósito debe obedecer a causas de tal fuerza, que privilegien el interés particular de la compañía y de sus asociados por encima del interés público y de la finalidad que con la publicidad para los documentos que reposan en las entidades públicas estableció el constituyente, así como la publicidad que para los estados financieros previo el legislador.

Ahora bien, el hecho de que se trate de una sociedad cerrada, calificada como de familia y que no negocia sus valores en bolsa, por si solo no la exonera del depósito, pues, por el contrario, tratándose de este tipo de sociedades se justifica en mayor medida la publicidad como protección de los terceros y del público en general, quienes no cuentan con elementos de juicio suficientes que le permitan en un momento dado adoptar una determinada decisión.

En cuanto al manejo confidencial de la información suministrada por la compañía, debemos expresar que esta Superintendencia siempre ha sido respetuosa de la información que a ella suministran los particulares, especialmente cuando la misma tiene el carácter de reservada.

En todo caso, es preciso resaltar que cualquier persona puede en ejercicio de derechos constitucionales y legales, solicitar a esta entidad, como cualquier autoridad pública, copia de los documentos que reposan en sus archivos, sin que la entidad pueda válidamente negarse a suministrarla, salvo cuando se trate de información que de acuerdo con la ley tenga el carácter de reservada (artículo 79, Ley 190 de 1995).

Prueba del especial celo que tiene el legislador por este tema, lo constituyen las siguientes circunstancias:

a. **En caso de que la petición no sea atendida de manera oportuna, opera a favor del particular el silencio administrativo positivo (artículo 25, Ley 57 de 1985).**

b. **Si la entidad pública niega la petición y el particular insiste en su solicitud, la petición será resuelta por el Tribunal Administrativo competente (artículo 21, Ley 57 de 1985)**

c. **El no suministro oportuno de la información constituye causal que da lugar a destitución del funcionario (artículo 25, Ley 57 de 1985).**





Con lo expresado es claro para el Despacho que en caso de solicitud de información de una compañía, no podrá negarse la petición, salvo que se trate de información amparada con reserva, caso en el cual la Superintendencia procederá como se lo impone la ley. (Oficio 220-37853 julio 9 de 1997)

## LOS ESTADOS FINANCIEROS QUE REPOSAN EN LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES NO TIENE CARÁCTER RESERVADO, SALVO SUS ANEXOS

### LIBROS Y DOCUMENTOS DEL COMERCIANTE

**Información de carácter económico y financiero sujeta a reserva.**

El artículo 15 de la Constitución Política de Colombia reconoce a todas las personas (naturales o jurídicas) el derecho a su intimidad y de la reserva sobre libros y papeles privados y advierte que solamente para los casos de inspección, vigilancia e intervención del estado podrá exigirse "la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados" en los términos que señala la ley.

Ahora, si bien los artículos 61 y siguientes del Código de Comercio, al contemplar la reserva de los libros y papeles de comercio advierten que no pueden examinarse por personas diferentes de sus propietarios o por personas autorizadas para ello, debe entenderse que el objeto de esta previsión más que los libros en si mismos, es la información que en ellos reposa, es decir, los datos.

Los datos privados, por el hecho de ser conocidos por el Estado en ejercicio de facultades expresas que le permiten penetrar el velo corporativo que garantiza la intimidad de las personas jurídicas, no se convierten en públicos. Cuando por causa de una visita, un requerimiento o una investigación o cualquier otro motivo, la Superintendencia de Sociedades tiene acceso a documentos sometidos a reserva, la información recogida por la oficina de gobierno no deja de ser confidencial.

Es así como la Superintendencia para el desempeño de sus funciones puede obrar "..con la libertad que requiere para sus averiguaciones y simultáneamente con la discreción que permita preservar la garantía constitucional que ampara los libros y papeles de carácter privado..." (Oficio 100-53024 octubre 3 de 1997).

## RESERVA DE ACTAS, LIBROS Y DOCUMENTOS DEL COMERCIANTE

La Constitución de manera clara establece en el artículo 23 que "toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y obtener pronta solución", a su vez el artículo 74 estipula que "todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley".

Sobre estas normas, la Superintendencia ha expresado que ellas "significan que cualquier persona puede formular libremente a las autoridades las peticiones que consideren pertinentes, incluyendo dentro de dicho derecho la posibilidad de acceder a cualquier documento público siempre y cuando, no exista reserva establecida en la ley."

El artículo 12 de la ley 57 de 1985 consagró que "toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se les expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme la constitución o la ley, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional". Al respecto la Entidad considera que la facultad que tiene cualquier persona para acudir a la administración, también comporta la posibilidad de acceder a todo documento que ella tenga, de tal manera que ya no son simplemente los expedidos o emanados de ella, como es el caso de los actos administrativos, sino también los allegados por los mismos administrados.

Posteriormente el artículo 14 de la ley 57 referida aclara que para los efectos previstos en el artículo 12, son oficinas públicas, entre





otras, las Superintendencias, y en el artículo 21 se dispone en forma por demás clara que la administración sólo podrá negar la consulta de determinados documentos o la copia o fotocopia de los mismos, mediante providencia motivada que señale su carácter reservado, indicando las disposiciones legales pertinentes.

Por consiguiente, de lo establecido en la ley 57 se desprende que cualquier persona puede solicitar la consulta o copia de un documento que repose en las entidades públicas que enumera el artículo 14, siempre y cuando no estén catalogados como reservados, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional; así mismo, para que la administración pueda negarse a entregar copia de un documento público, tiene que motivar su decisión y citar las normas en la cual se basa para la negativa.

Según lo expuesto y con base en lo establecido en la ley 57 de 1985 y en el artículo 74 de la Constitución Política, la Superintendencia ha conceptuado que en términos generales está obligada a permitir el examen y a expedir copia de los documentos que ella posea en sus archivos o de aquellos que aún estén tramitándose, incluido cualquier acto administrativo, así los mismos no estén ejecutoriados o sea de aquellos que como las actas de visita, sean parte de una particular actuación que no haya culminado.

**Sin embargo, dada la excepción señalada, según la cual se deben excluir de tales documentos aquellos que tengan reserva dispuesta en la constitución o en la ley, se dijo que en razón a que el artículo 61 del Código de Comercio establece que "los libros y papeles del comerciante no podrán examinarse por personas distintas de sus propietarios o personas autorizadas para ello, sino para los fines indicados en la Constitución Nacional y mediante orden de autoridad competente", los documentos que correspondan y sean tomados de los referidos libros y papeles que obren en esta entidad en virtud de la inspección y vigilancia que la misma ejerce, no son susceptibles de ser examinados o de entregarse copia de ellos, tal es el caso de las actas de reuniones de las asambleas o juntas de socios y las de junta**

**directiva, los comprobantes de contabilidad, los documentos justificativos de los mismos etc., criterio que ratifica el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al precisar que los documentos de carácter reservado, no pierden esa condición por el hecho de estar contenidos en expedientes que tramiten entes administrativos, como es el caso de esta Superintendencia.** (Oficio 220-39804 julio 17 de 1997).

Partiendo del derecho a la información contenido en el artículo 74 de la Carta, al cual nos hemos referido y concretamente sobre el tema relacionado con los estados financieros, esta entidad ha estimado para efectos de precisar su alcance, entre otras cosas, lo siguiente:

"...es preciso acudir al Decreto 2649 de 1993 "Por el cual se reglamenta la contabilidad general y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia", en cuyo artículo 114 relativo a las notas a los estados financieros, se consagró: "Las notas como presentación de las practicas contables y revelación de las empresas, son parte integral de todos y cada uno de los estados financieros". A su turno, el artículo 36 de la Ley 222 de 1995, estableció el principio de la unidad de los estados financieros al precisar que los mismos deberán estar acompañados con sus notas, con las cuales conforman un todo indivisible, lo cual supone que necesariamente cuando para cualquier efecto deban presentarse dichos documentos, han de anexarse las correspondientes notas, en los términos que establece el artículo 114 antes mencionado.

Lo anterior aunado al mandato general contenido en el artículo 34 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con el artículo 41 ibídem, permite concluir, que si la ley 222 de 1995 hizo extensiva a todas las sociedades la obligación de publicar los estados financieros e introdujo el mecanismo del depósito de tales estados, con el fin de posibilitar, sin ninguna restricción, el acceso a la información en ellos contenida, es claro que tales documentos no están amparados por reserva alguna, razón por la cual a juicio de este Despacho es procedente la expedición de las fotocopias de tales documentos, en el entendido, como es obvio, que reposan en esta Entidad.





Por tanto y atendiendo la expresa excepción que impide el acceso a los documentos que tengan reserva por disposición de la Constitución o la ley, se ha considerado que a diferencia de los estados financieros y sus notas, los anexos de los mismos que se encuentran en poder de esta entidad, no pueden ser examinados por terceros, como tampoco es posible suministrar copia de los mismos, toda vez que el artículo 61 del Código de Comercio establece que "los libros y papeles del comerciante no podrán examinarse por personas distintas de sus propietarios o personas autorizadas para ello, sino para los fines indicados en la Constitución Nacional y mediante orden de autoridad competente", y los anexos referidos no solo contienen información que proviene directamente de uno de los libros a los que la norma alude, como es el de contabilidad, sino que además contienen la discriminación efectiva de las cuentas y los registros sobre los movimientos económicos del comerciante, amén de que la sociedad no tiene obligación de revelar tal información, como sí acontece con los estados financieros y sus notas, sino en la medida en que le sea requerida por la Superintendencia para los fines que ella exclusivamente estime pertinentes, en desarrollo de las atribuciones que le otorga la Ley, de donde es ineludible concluir que se trata de documentos privados que están amparados por la reserva que consagra la ley.

## CONCLUSIONES

Vistos los diferentes pronunciamiento de esta Entidad sobre el tema objeto de su solicitud, puede afirmarse que los documentos que produce la Superintendencia de Sociedades, en ejercicio de sus facultades de inspección, vigilancia y control, no están sometidos bajo ninguna circunstancia a reserva, aún los que no han sido notificados o publicados.

**En lo atinente a los documentos que envían a este Despacho las sociedades comerciales u otras personas, también pueden ser examinados sin reserva alguna, salvo los que hayan sido tomados de los libros o papeles del comerciante en los términos del Código de Comercio, puesto que conservan el carácter especial que les otorga la ley** (Oficio 220-58369 noviembre 4 de 1997).

**DOCUMENTOS QUE REPOSAN EN LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES Y QUE ESTAN SUJETOS A RESERVA:**

- Las actas de las reuniones del Máximo Organo Social o de las Juntas Directivas;

- Los informes del representante legal o junta directiva que se presentan a las asambleas o juntas de socios;

- Los comprobantes de contabilidad, los documentos en que se justifiquen ellos, recibos de caja, la correspondencia recibida y enviada en ejercicio de las actividades sociales;

- Los papeles de trabajo elaborados con ocasión de una visita o una investigación realizada por la Superintendencia;

- Cualquier documento que contenga procedimientos secretos de producción industrial, sistemas de propaganda o venta o referencia o datos que puedan afectar a la empresa en relación con la competencia (artículo 283 del Código de Comercio);

- Los balances que no correspondan a cortes de fin de año calendario;

- Los anexos que acompañen los estados financieros que reposen en la entidad. (Memorando 220-055 Bis febrero 25 de 1999).

## REQUISITOS PARA ESTABLECER RESERVAS OCASIONALES Y PARTICIPACIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

Sobre el particular es preciso en primer lugar señalar que de conformidad con el articulo 154 de Código de Comercio, además de las reservas establecidas por la ley o los estatutos, los asociados pueden hacer las reservas que estimen necesarias o convenientes, siempre que tengan una destinación especial. Que se aprueben en la forma prevista en la ley o en los estatutos y que





hayan sido justificadas ante la Superintendencia de Sociedades, advertencia expresa de que la destinación de tales reservas solamente podrá variarse previa aprobación de los asociados en la forma que previene la ley.

Por su parte el artículo 87 del Decreto 2649 de 1993 establece que las reservas o fondos patrimoniales representan recursos retenidos por el ente económico, tomados de sus utilidades o excedentes, con el fin de satisfacer requerimientos legales, estatutarios u ocasionales.

De las disposiciones citadas se aprecia que las reservas pueden ser de tres clases según el carácter que a cada una le reconoce la ley así:

**Reserva legal.** Su carácter de tal lo imprime la norma que obliga constituir e incrementar la misma con el fin de proteger el patrimonio social, por lo cual está destinada a enjugar las pérdidas.

**Reserva Estatutaria.** El carácter lo señalan las directrices consagradas en el pacto social y han de ser empleadas en los fines expresamente indicados en el contrato, siendo obligatorias mientras no se supriman a través de la correspondiente reforma estatutaria.

**Reserva Ocasional.** Tienen tal carácter en razón de que solo son obligatorias para el ejercicio en el cual se constituyen, derivan de la libertad del máximo órgano social manifestada conforme a la ley., esto es, que debe estar establecida su necesidad o conveniencia y tener una destinación especial a más de ser justificadas ante la Superintendencia de Sociedades, condiciones ineludibles para congelar utilidades dentro del patrimonio social.

De consiguiente el contenido de las reservas como lo ha precisado este Despacho, será:

1. Que provengan de las utilidades líquidas deducidas de los balances fidedignos;

2. Que su creación o incremento tenga como causa la distribución de utilidades decretada por el máximo órgano social;

3. Que la ley o los estatutos exijan un incremento determinado señalando el porcentaje que de las utilidades líquidas deba tomarse y la cifra máxima a que puedan llegar, o que su creación o incremento obedezca a fines de necesidad o conveniencia, debidamente justificados, y

4. Que tengan un contenido de previsión para asegurar la estabilidad de la sociedad.

Si bien de lo expuesto se coligen claramente cuáles son los requisitos para la creación de las reservas ocasionales, es del caso detenerse en el punto relativo a la exigencia a que alude el artículo 154 ibídem, de justificar tales reservas ante esta Superintendencia, aspecto que es motivo en particular de la inquietud que se analiza.

Al respecto, había expresado en su oportunidad esta entidad que la medida impuesta por el legislador de demostrar ante la misma la necesidad de crear en un momento dado dichas reservas, respondía a la urgencia de evitar en cierta forma la práctica de no repartir utilidades, con el pretexto de llevarlas a reservas que no eran ciertamente indispensables, en detrimento de los socios, especialmente de los minoritarios.

Igualmente, en relación con la oportunidad para enviar los estudios justificativos en esos eventos, la Superintendencia consideró que la remisión correspondiente habría de hacerse dentro del plazo señalado por el artículo 448 del Código de Comercio, aplicable a todas las sociedades vigiladas, el cual exigía que dentro de los treinta días hábiles siguientes a la reunión celebrada por la asamblea general de accionistas o la junta de socios, el representante legal de la sociedad debería remitir a la Superintendencia copia del balance, según el formulario oficial así como de los anexos justificativos, entre ellos el proyecto de distribución de utilidades repartibles, acompañados del acta de la reunión en que se hubieren aprobado, documento éstos que obviamente la Entidad sistemáticamente sometía a estudio.





Sin embargo, con motivo del Decreto 2155 de 1992 a través del cual se reestructuró la Superintendencia y se suprimieron algunas de sus funciones, la entidad profirió la Circular Externa No. 001 de 1993, y en ella precisó entre otros, aspectos, que a raíz de la supresión de trámites, en adelante no era obligatorio el envío de las actas correspondientes a las reuniones del máximo órgano social ni de los balances de fin de ejercicio a los que se refería la norma antes citada, salvo cuando la entidad expresamente los requiriera, bien de manera general o particular.

Con posterioridad, el articulo 242 de la ley 222 de 1995, que introdujo substanciales modificaciones al Código de Comercio, relativas entre otras al régimen de Estados Financieros y competencia de esta Superintendencia, derogó de manera expresa el artículo 448 del Código de Comercio, quedando en consecuencia exoneradas las sociedades de la obligación que la norma citada les imponía, de suerte que en la actualidad la entidad solo conoce los estados financieros de las sociedades a las que ella en ejercicio de las atribuciones que le otorga la ley los solicita, lo que igual sucede con las actas de las reuniones del máximo órgano social y por supuesto con el proyecto de distribución de utilidades.

Lo anterior permite colegir que el propósito del legislador finalmente plasmado en la ley, fue abolir esos requisitos que de alguna manera consultaban un criterio un tanto intervencionista del Estado, en relación con las sociedades del sector real y en su lugar limitar la participación de la entidad encargada de ejercer sobre ellas inspección, vigilancia y control a los casos en que fuera estrictamente necesaria la misma, buscando con ello que las mismas en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada en su formación y funcionamiento se adecuen a la ley y a los propios estatutos, pero prioritariamente con el ánimo de velar porque que no se vean desprotegidos los intereses de los terceros, pues en este caso el interés de los asociados en cuanto concierne al derecho que les asiste de participar adecuadamente en las utilidades de la compañía, está suficientemente preservado entre otras con las reglas establecidas en los artículos 149 y siguientes del Código de Comercio y ahora con mayores garantías, si se tiene

en cuenta que en virtud de la modificación que la Ley 222 introdujo al articulo 155 del Código de Comercio, el legislador impuso una mayoría calificada, equivalente al 78% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la asamblea o junta de socios para repartir las utilidades líquidas del respectivo ejercicio social en un porcentaje inferior al 50%.

Acorde con lo expuesto es claro que la derogatoria del artículo 448 citado, trae consigo la improcedencia de la exigencia última a que alude el artículo 154 del Código de Comercio, sin perjuicio de la facultad que tiene esta Entidad dentro del margen de las funciones que le asigna la ley, de formular en relación con los Estados financieros que ella requiera y por ende con las reservas en general, las observaciones que considere pertinentes y pedir las explicaciones necesarias cuando estime que haya lugar, de manera tal que las reservas ocasionales pueden constituirse siempre que se cumplan las condiciones que establecen los estatutos y la ley, sin que sea necesario para ello contar con la aceptación por parte de esta Entidad, a menos que por acto particular ella imparta instrucciones en sentido contrario. (Oficio 220-28308 mayo 29 de 1998).

## CORRESPONDE AL MAXIMO ÓRGANO SOCIAL DE LA MATRIZ APROBAR LOS ESTADOS FINANCIEROS CONSOLIDADOS

Se refiere el Despacho a la posibilidad de que la Asamblea General de Accionistas de la sociedad matriz o controlante, a efecto de dar cumplimiento a la exigencia establecida en el artículo 35 de la Ley 222 de 1995, pueda delegar en una comisión de su seno la facultad de examinar, aprobar o improbar los estados financieros de propósito general consolidados, una vez aprobados por las respectivas asambleas de accionistas de las sociedades subordinadas.

Sobre el particular, se señala que, las atribuciones consagradas en el artículo 187 del ordenamiento mercantil son indelegables;





afirmación que en cuanto a estados financieros cobra mayor significación habida cuenta que por mandato del artículo 446 ibídem, la aprobación o improbación de los estados financieros corresponde a la asamblea general de accionistas.

Previsiones que conviene citar para lograr absoluta precisión sobre el tema:

a) El artículo 46 de la Ley 222 de 1995, en su tenor literal señala:

"ART. 46. RENDICION DE CUENTAS AL FIN DE EJERCICIO. Terminado cada ejercicio contable, en la oportunidad prevista en la ley o en los estatutos, los administradores deberán presentar a la asamblea o junta de socios para su aprobación o improbación, los siguientes documentos:

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

Así mismo presentarán los dictámenes sobre los estados financieros y los demás informes emitidos por el revisor fiscal o por contador público independiente."

b) A su vez, el artículo 21 del Decreto 2649 de 1993, reza:

"Art. 21.- **Estados financieros de propósito general.** Son estados financieros de propósito general aquellos que se preparan al cierre de un período para ser conocidos por usuarios indeterminados, con el ánimo principal de satisfacer el interés común del público en evaluar la capacidad de un ente económico para generar flujos favorables de fondos. Se deben caracterizar por su concisión, claridad , neutralidad y fácil consulta.

Son estados financieros de propósito general, los estados financieros básicos y los estados financieros consolidados

Adicionalmente estas disposiciones se encuentran en perfecta armonía con el derecho de inspección de los socios que les garantiza un acercamiento adecuado a la situación económica y contable de la compañía de la cual son accionistas, así como también con el deber que le asiste a los administradores y al revisor fiscal, de preparar y difundir los estados financieros (artículo 42 de la Ley 222 de 1995).

De otra parte, no hay razón para suponer que el hecho de depender de los estados financieros individuales, impida que los consolidados puedan elaborarse a tiempo para ser sometidos a consideración del máximo órgano social de la matriz en su sesión ordinaria, toda vez que la situación de subordinación genera a favor de la matriz poder de decisión y control de gestión, lo cual le permite que pueda adoptar las medidas pertinentes para que sus subordinadas preparen oportunamente los estados financieros de propósito general debidamente certificados, de tal forma que la sociedad matriz o controlante pueda elaborar sin mayor dilación los estados financieros consolidados. Así mismo conviene manifestar que la aprobación de los estados financieros en las subordinadas no es presupuesto para la elaboración del consolidado, luego tampoco esa circunstancia incide para su correspondiente aprobación.

Ahora bien, en caso de que se realicen observaciones por los asociados o que la Entidad que ejerce inspección, vigilancia y control ordene rectificaciones, procede someter nuevamente a consideración del máximo órgano social, los estados financieros con los ajustes pertinentes.

Desde luego, es cierto que por la implementación de un procedimiento nuevo, puede resultar dispendioso elaborar procedimientos que permitan su rápida preparación, sin embargo de ello no debe predicarse la imposibilidad para someter los estados financieros consolidados a consideración del máximo órgano social. Por tal razón, es conveniente sugerir metodologías que han sido diseñadas por esta entidad a través de asesorías personalizadas y por otras entidades de inspección y vigilancia como la Superintendencia Bancaria (Circular 100) y de Valores (Circular 5 de 1996), y que pueden ser aplicadas para presentar a la matriz, junto con los estados financieros individuales los estados financieros consolidados, que permitan a todos y cada uno de los socios un acercamiento global de la compañía en la cual invierten.

1. La matriz debe velar porque sus subordinadas, para efectos de la consolidación, adecuen y uniformen sus políticas contables





de tal forma que permita los procedimientos adecuados para realizar los estados financieros consolidados.

2. Los estados financieros individuales deben estar cortados a una misma fecha, o utilizarlos con una antigüedad no mayor de tres meses (Art. 122 Decreto 2649 de 1993).

3. Los estados financieros individuales que se incluyan en el proceso de consolidación, deben haberse obtenido, en lo posible, con base en los mismos criterios y métodos contables. Cuando ello no sea posible, debido a la existencia de disposiciones legales diferentes (por tratarse de sectores distintos no compatibles o subordinadas en el exterior), deben practicarse los ajustes necesarios, afectando exclusivamente los estados financieros consolidados. Las cifras se deben ajustar a los criterios y métodos utilizados por la matriz, a menos que la partida respectiva no sea material dentro del consolidado. Es importante resaltar que los ajustes mencionados no afectan los registros contables de la subordinada ni de la matriz, reflejándose únicamente para efectos de presentación de los estados financieros consolidados (Circular 05 de 1996-Superintendencia de valores).

4. Cuando en el grupo existan entidades pertenecientes a sectores que por expresa disposición legal tengan planes de cuentas distintos, para efectos de la consolidación debe considerarse como actividad principal la ejercida por la matriz y ajustarse, en consecuencia, la presentación de los estados financieros consolidados al plan de cuentas que a ella le corresponda. Para ese fin, deben agruparse las cuentas del activo, pasivo, patrimonio, ingresos y egresos pertenecientes a las entidades con PUC diferente que no sean compatibles con las cuentas del PUC de la matriz, en una sola partida dentro de la clase correspondiente, indicando claramente su procedencia. Las cuentas de los distintos sectores afines con las del PUC de la matriz (por ejemplo efectivo, terrenos, construcciones y edificaciones, cuentas por cobrar a empleados y pasivos laborales) se consolidarán siguiendo el procedimiento normal (Circular 05 de 1996 – Superintendencia de Valores).

5. Debe tenerse en cuenta que el interés minoritario en entes subordinados debe ser revelado en forma separada, de conformidad con lo previsto en el artículo 122 del Decreto 2649 de 1993

En consecuencia, no es procedente a juicio de este Despacho que un órgano diferente al máximo social apruebe los estados financieros consolidados, especialmente cuando la ley ha contemplado diferentes mecanismos como las reuniones no presenciales y la representación en las reuniones para facilitar las deliberaciones y decisiones en una compañía.(Oficio 220 52885 mayo 27 y 220-9163 octubre 1 de 1999)

## ESTADOS FINANCIEROS DICTAMINADOS Y CERTIFICADOS

En torno al tema de si cualquier estado financiero que se prepare por parte de quien tenga la obligación legal de tener revisor fiscal (incluidos los estados financieros de período intermedio), deben ser dictaminados o por el contrario, el dictamen solo se requiere para aquellos estados financieros que sean preparados a fin de ejercicio social y por lo menos una vez al año, a 31 de diciembre y, además, si esta previsión solo se requiere para los casos de estados financieros de propósito general, es preciso traer a colación algunas definiciones contenidas en el Decreto 2649 de 1.993, del capitulo *"De los estados Financieros y sus Elementos"*.

Según los preceptos de la normatividad que regula los principios de la contabilidad en Colombia, existen dos clases de estados financieros, de propósito general y de propósito especial, dependiendo de las características del usuarios que lo solicita, a quien se dirige o los objetivos que lo originan -art. 20 del citado decreto-.

Son estados financieros de propósito general, los preparados al cierre de un período, dirigidos a personas indeterminadas y que se caracterizan porque son concisos, claros, neutros y de fácil





consulta, como son los estados financieros básicos - art. 22- y los estados financieros consolidados -art. 23-.

Por su parte, los estados financieros de propósito especial , son para atender necesidades especificas, para usuarios determinados, su circulación y uso es limitado por contener en mayor detalle algunas de sus operaciones. Entre ellos encontramos los estados financieros de períodos intermedios, extraordinarios, estados de costo, de inventario, de liquidación, entre otros -art. 24- .

De los estados financieros mencionados, destacamos los de períodos intermedios y los extraordinarios, consagrados en los artículos 26 y 29 del ya citado decreto. Los primeros, definidos como aquellos que se preparan durante el transcurso de un período, para satisfacer a los administradores o las autoridades que ejercen inspección, vigilancia o control, debiendo ser confiables y oportunos y, los segundos o extraordinarios, los preparados como base para realizar ciertas actividades, tales como fusiones, transformaciones o escisiones etc..., teniendo en cuenta que su elaboración no implica el cierre definitivo del ejercicio ni con ellos se pueden distribuir utilidades.

El artículo 33 del mismo decreto, señala que son estados financieros certificados aquellos que están firmados por el representante legal, el contador público y el revisor fiscal, si lo hubiere, en constancia de que la información en él contenida es fielmente tomada de los libros; mientras los dictaminados son los acompañados por la opinión del contador público que los hubiere examinado (conceptos a los cuales nos referiremos más adelante).

El Consejo Técnico de la Contaduría Pública, refiriéndose al informe del revisor fiscal sobre los estados financieros del fin de ejercicio o a los que se haya practicado una auditoria completa, ha manifestado que no es aplicable a los estados financieros de fechas intermedias. Los procedimientos para llevar a cabo una revisión de estados financieros intermedios consisten principalmente en procedimientos de revisión analítica.

De otra parte, de la lectura del artículo 37 de la Ley 222 de 1995, que define los estados financieros certificados como los suscritos por el representante legal y el contador publico que los hubiere preparado, puede afirmarse que éste modificó el texto del artículo 33 del Decreto 2649 antes citado y derogó tácitamente el artículo 290 del Código de Comercio, que exigía la firma del revisor fiscal, si lo hubiere, como formalidad para los estados financieros certificados.

Además, el artículo 38 de la citada Ley 222/95 cuando expresa que "Son dictaminados aquellos estados financieros certificados que se acompañen de la opinión profesional del revisor fiscal o, a falta de éste, del contador público independiente.....", lo que hizo fue precisar el alcance de la función del revisor fiscal consagrada en el numeral 7 del artículo 207 del Código de Comercio, es decir, tratándose de sociedades que por ley o estatutos estén obligadas a tener revisor fiscal, éste deberá acompañar los estados financieros certificados, con el dictamen u opinión, en la forma indicada en el artículo 34 de la ley mencionada

**De los presupuestos legales mencionados, que definen claramente las distintas formas de presentación de los estados financieros, podemos concluir que su elaboración y presentación depende del destinatario o usuario de la información contable y de la amplitud o detalle de las operaciones que se requieran, además, siempre deben ser suscritos por el representante legal y el contador que los hubiera preparado, en señal de que la información en él contenida se ha verificado previamente y se ajusta a los libros.**

Situación bien distinta, es la formalidad adicional que se exija, es decir, que se presenten dictaminados, que no es otra cosa que el concepto escrito del revisor fiscal, si lo hubiere, y siempre y cuando sea profesional de la contaduría pública o de un contador público independiente, personas éstas ajenas a la administración del ente económico, que dan cuenta de la auditoria integral practicada sobre los libros y documentos de la sociedad y fe de la información contenida en los estados financieros.





En conclusión, podemos afirmar, por una parte, que no existe contradicción alguna entre el articulo 207, numeral 7 del Código de Comercio y el artículo 34 de la Ley 222/95 y, de otra, que los estados financieros, sean de propósito general o propósito especial, serán dictaminados en la medida en que así lo exija la ley, los estatutos o sea solicitado por organismos del estado o particulares, pues se constituye para el usuario en un medio eficaz, que permite conocer la verdadera situación del ente económico. (Oficio 220-23811 marzo 25 de 1998).

# EXTINCIÓN DE DOMINIO

## DEFINICION Y BIENES OBJETO DE LA ACCIÓN

Como quiera que la ley se ha encargado de definir esta figura y que la Corte Constitucional sentó doctrina constitucional al respecto, lo cual implica de acuerdo con lo expresado por ella misma, que las opiniones allí consignadas son obligatorias y por lo tanto tienen el carácter de fuente formal del derecho, el Despacho se remite a lo expresado sobre el particular.

En efecto, el artículo 1° de la ley 333 de 1.997 define a la extinción de dominio como :

"Del Concepto. Para los efectos de esta Ley, se entiende por extinción del dominio la pérdida de este derecho a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de ninguna naturaleza para su titular."

La Constitución Política en su artículo 34 expresa que están prohibidas las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante lo anterior, por sentencia judicial resulta posible declarar extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos, mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social.

En cuanto a los alcances y contenido de la figura, la Corte Constitucional ha expresado:

"La extinción del dominio, como de lo dicho resulta, es una institución autónoma, de estirpe constitucional, de carácter patrimonial, en cuya virtud, previo juicio independiente del penal, con previa observancia de todas las garantías procesales, se desvirtúa, mediante sentencia, que quien aparece como dueño de bienes adquiridos en cualquiera de las circunstancias previstas por la norma lo sea en realidad, pues el origen de su adquisición, ilegítimo y espurio, en cuanto contrario al orden jurídico, o a la moral colectiva, excluye a la propiedad que se alegaba de la protección otorgada por el artículo 58 de la Carta Política. En consecuencia,





los bienes objeto de la decisión judicial correspondiente pasan al Estado sin lugar a compensación, retribución ni indemnización alguna.

"No se trata de una sanción penal, pues el ámbito de la extinción del dominio es mucho más amplio que el de la represión y castigo del delito. Su objeto no estriba simplemente en la imposición de la pena al delincuente sino en la privación del reconocimiento jurídico a la propiedad lograda en contravía de los postulados básicos proclamados por la organización social, no solamente mediante el delito sino a través del aprovechamiento indebido del patrimonio público o a partir de conductas que la moral social proscribe, aunque el respectivo comportamiento no haya sido contemplado como delictivo ni se le haya señalado una pena privativa de la libertad o de otra índole. Será el legislador el que defina el tipo de conductas en las cuales se concretan los tres géneros de las actuaciones enunciadas en el mandato constitucional.

"La figura contemplada en el inciso 2 del artículo 34 de la Constitución debe entenderse en armonía con la integridad del sistema jurídico que se funda en ella.

"El derecho de propiedad que la Constitución garantiza en su artículo 58 es el adquirido de manera lícita, ajustada a las exigencias de la ley, sin daño ni ofensa a los particulares ni al Estado y dentro de los límites que impone la moral social.

(...)

"Como resulta de lo ya expuesto, la extinción del dominio no se confunde con la confiscación, de la cual el propio artículo de la Carta se ha encargado de diferenciarla, al indicar que la prohibición de esa pena no obsta para que judicialmente se declare extinguido el dominio de los bienes mal habidos.

"No estamos, entonces, ante un despojo absoluto del patrimonio de una persona a manos del Estado, impuesto a título de pena, generalmente bajo una motivación de carácter político. La extinción del dominio recae única y exclusivamente sobre los bienes

adquiridos por enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social, y sólo hasta el monto de la adquisición no protegida constitucionalmente, pues, como se verá, lo lícitamente adquirido escapa por definición a la declaración judicial correspondiente, a menos que se trate de bienes equivalentes a los mal habidos, sobre el supuesto de que, como lo indica el artículo 6 de la Ley, resultare imposible ubicar, incautar o aprehender los bienes determinados que primariamente debían ser afectados por la medida.

(...)

"También se ha estatuido que la declaración judicial acerca de que el dominio se extinga, y los efectos jurídicos de la misma, se produzcan "sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular". Aunque por este aspecto existe similitud con la confiscación, no puede soslayarse la importancia del elemento diferencial respecto de esa figura, que deriva del hecho de no tratarse de una pena, en cuya virtud se prive a la persona de un derecho que tenía, sino de una sentencia declarativa acerca de la inexistencia del derecho que se ostentaba –aparente-, cuyos efectos, por tanto, se proyectaban al momento de la supuesta y desvirtuada adquisición de aquél.

(...)

"En este orden de ideas, el artículo 1, bajo examen, no viola la Carta Política por haber excluido toda forma de contraprestación o compensación por la declaración judicial en comento.

"Se pone aquí de presente una de las diferencias más claras entre la extinción del dominio y la expropiación. Esta última, salvo el caso extraordinario de las razones de equidad calificadas por el legislador, exige la indemnización por regla general." (Sentencia C-374/97. Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, página 55 y siguientes. Subrayas por fuera de texto).





"En la exposición de motivos del proyecto de ley número 19 de 1.996 del Senado, el cual dio lugar a la expedición de la ley 333 de 1.996 se lee:

"La figura de la extinción del dominio –cuyos antecedentes genuinos se remontan al derecho agrario y ambiental cuando se desatiende la función social de la propiedad por falta de explotación económica consagrada en el artículo 34 de la Constitución Política, resulta formal y sustancialmente diferente a la confiscación y de la expropiación.

"En efecto, la confiscación, prohibida constitucionalmente, implica la cesación del derecho adquirido en forma ilícita sin ninguna compensación (Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia 69 de Octubre 3 de 1.989, G.J. T. 197, Segunda Parte, pág. 38); la expropiación, es negocio jurídico impuesto por el Estado por razones de "utilidad pública e interés social" para transferir el dominio de bienes adquiridos en forma lícita, siguiendo un procedimiento específico y previo pago de indemnización, o sin ésta por razones de equidad (Cfr. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-153 de Marzo 24 de 1.994, Ponente, Dr. Alejandro Martínez Caballero y Sentencia C-216 del 9 de junio de 1.993, Ponente, Dr. José Gregorio Hernández), a punto que, la extinción del dominio instituída en el artículo 34 de la Constitución Política implica la pérdida del derecho cuya adquisición proviene de una fuente ilícita, a favor del Estado, en razón de la ilicitud y sin ninguna contraprestación económica para su titular (Gaceta del Congreso, martes 23 de julio de 1.996, página 20).

**Objeto sobre los cuales recae.**

El artículo 3º de la ley 333 de 1.997 establece:

"De los bienes. Para los efectos de esta Ley se entenderá por bienes susceptibles de extinción del dominio todo derecho o bien mueble o inmueble. La extinción del dominio también se declarará sobre el producto de los bienes adquiridos en la circunstancias de que trata esta Ley, los derivados de éstos, sus frutos, sus rendimientos, y sobre los recursos provenientes de la enajenación o permuta de bienes adquiridos ilícitamente o destinados a actividades delictivas o considerados como producto, efecto, instrumento u objeto del ilícito. Cuando

se mezclen bienes de ilícita procedencia con bienes adquiridos lícitamente, la extinción del dominio procederá sólo hasta el monto del provecho ilícito."

En relación con este aspecto la Corte Constitucional en la sentencia ya mencionada expresó:

"... Se trata entonces de una acción real, pues el proceso se inicia y desarrolla en relación con bienes concretos y determinados, y la sentencia, salvo el caso de los llamados bienes equivalentes (artículo 6), ha de referirse a ellos, especificándolos, para declarar –si la acción prospera- que se ha extinguido el dominio que sobre ellos ejercía la persona contra la cual se ha intentado, o sus causahabientes que actuaron de mala fe.

"La norma enjuiciada cobija tanto los bienes muebles e inmuebles, como los frutos, productos y rendimientos de ellos, lo cual parece lógico si se tiene en cuenta el carácter ilegítimo de la propiedad, aunque deba aclararse, como lo hace el legislador, que, si se mezclan bienes de procedencia ilícita con otros que fueron adquiridos lícitamente, la extinción del dominio procederá sólo hasta el monto del provecho ilícito, distinción razonable y necesaria, porque el fundamento de la extinción del dominio está en la adquisición, no ajustada a Derecho, o contraria a la moral pública, del bien correspondiente".

En la exposición de motivos del proyecto de ley, se lee:

**"DERECHOS SUSCEPTIBLES DE EXTINCIÓN**

"Procederá la extinción del dominio de la riqueza fácil e ilícita, la de su producto, rendimientos y frutos, la de los bienes equivalentes y aún la de aquellos bienes que se combinen con activos adquiridos lícitamente hasta concurrencia del provecho ilícito.

"Para tal efecto, son susceptibles de extinción del derecho de dominio de todo bien o derecho con proyección económica, sea corporal o incorporal, tangible o intangible, material o inmaterial, real o personal, mueble o inmueble, de crédito, títulos valores, documentos bancarios, financieros o comerciales, derechos de





propiedad intelectual e industrial y, en general, cualquier activo de contenido patrimonial.

"Desde luego, la extinción del dominio tiene alcance frente a los bienes, efectos, instrumentos u objetos provenientes del ilícito, y se predicará igualmente cuando los bienes sean utilizados en una actividad ilícita." (Cfr. Página 22). (Oficio 220- 46010 agosto 5 de 1998)

## IMPLICACIONES DE LA MEDIDA DE INCAUTACIÓN SOBRE UNA SOCIEDAD Y SUS ÓRGANOS SOCIALES

1. Las acciones en una sociedad anónima no forman parte del patrimonio de ésta –con excepción de las acciones readquiridas-, pues son bienes en propiedad de los respectivos accionistas. Esa precisión legal explica por qué del decomiso y de la ocupación de una sociedad no se sigue la ocupación de las acciones de propiedad de sus accionistas; y de ahí que la medida decretada respecto de la sociedad emisora no cobije también las acciones emitidas por ella. Tales acciones son de propiedad de los accionistas, los cuales, si han sido objeto también de sendas ocupaciones, estas tampoco cobijan los bienes sociales, como lo son las acciones de propiedad de la sociedad; aunque es necesario de una vez advertir que tales medidas afectan significativamente el ejercicio de los derechos derivados de ellas, según se precisará más adelante.

2. Puesto que la extinción de dominio consiste en la pérdida de dicho derecho (Ley 333 de 1996, artículo 1), el ámbito natural y obvio de la acción correspondiente se refiere a bienes (Ley 333 de 1996, artículo 2), y de ahí que la misma tenga carácter real. Por consiguiente, la efectividad del decomiso y de la ocupación de una sociedad, es decir, de una persona jurídica surgida de un contrato y que es distinta de los socios contratantes (Código de Comercio, artículo 98), la efectividad que debe ser buscada preferentemente por los funcionarios judiciales en las actuaciones procesales, según se establece

en el artículo 9 del Código de Procedimiento Penal, sólo puede darse en la medida en que se identifique el patrimonio, el bien o los bienes involucrados en dicha ocupación.

Desde la óptica propia del derecho comercial, ni las personas jurídicas ni los contratos son susceptibles de ocuparse; y ello por la elemental razón de que ni las unas ni los otros tienen el carácter de bienes. En este orden de ideas, las medidas preventivas consistentes en el decomiso y la ocupación de una sociedad no recaen sobre las acciones en que se divide el capital de ésta, como tampoco recaen sobre los aportes que han dado origen a las mismas.

3. Ahora bien, señalar que la ocupación de "una sociedad", sin más, no cobije por extensión ningún bien, no implica ni significa que pueda descartarse que la medida tenga eficacia; por el contrario, es necesario interpretarla en la forma en que produzca efectos, y de manera tal que éstos sean legales y acordes principalmente con la finalidad de las disposiciones penales que pretende realizar, pues no sobra recordar que la razón de ser de todo procedimiento consiste en asegurar la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustancial.

En este sentido, y sin perjuicio de la claridad de las nociones del derecho privado correspondientes a las expresiones "bien", "persona" y "patrimonio", se deja a salvo la armonía entre el ordenamiento privado pertinente y la legislación penal especial, dándole primacía a ésta última, entendiendo, como lo hace esta Superintendencia, que en la medida en que una sociedad pueda ser utilizada como medio o instrumento necesario para la realización de las actividades ilícitas previstas en el artículo 2 de la Ley 333 de 1996, tiene sentido decretar la ocupación de una persona jurídica por ese motivo. Es razonable entender que la situación que se deriva de la "ocupación" de una sociedad, a pesar de que dicha medida, lo mismo que la aprehensión, incautación y, en general, el comiso previsto en el artículo 339 del Código de Procedimiento Penal, se refiere a bienes, es análoga al secuestro de "una empresa industrial o minera", medida prevista en el numeral 8 del artículo 682 del Código de





Procedimiento Civil, y como consecuencia de la cual el secuestre asume "...la dirección y manejo del establecimiento, procurando seguir el sistema de administración vigente", quedando a cargo de la custodia de los bienes que se le entreguen, y contando con "las atribuciones previstas para el mandatario en el Código Civil, sin perjuicio de las facultades y deberes de su cargo", como se dice en el artículo 683 del Código de Procedimiento Civil.

Esta Superintendencia encuentra mayor identidad de razón entre la ocupación o incautación de una sociedad y el secuestro de una "empresa", que entre aquélla y el embargo de una acción en una sociedad anónima; y considera que esa analogía, permitida expresamente en el artículo 121 del Código de Procedimiento Penal, si no se opone a la naturaleza del procedimiento penal, en este caso, en vez de generar dicha oposición, resulta acorde con la finalidad de las normas penales que dan origen a la medida en cuestión, si bien dejando a salvo una importantísima diferencia de fondo frente al secuestro aludido, en lo que se refiere a la administración de una sociedad, dicha media preventiva sólo cumple su finalidad si la dirección y la administración de ésta quedan exclusiva y totalmente a cargo del destinatario y del depositario, mientras que al secuestrarse una empresa industrial o minera, en los términos de la legislación procesal civil, "El gerente o administrador continuará en el cargo bajo la dependencia del secuestre, y no podrá ejecutar acto alguno sin su autorización, ni disponer de bienes o dineros; a falta de aquél, el propietario podrá ejercer las funciones que se indican en la parte final del inciso primero del numeral 6" (C.P.C. artículo 682-8), numeral en el cual se establece que "El propietario del almacén o establecimiento podrá ejercer funciones de asesoría y vigilancia, bajo la dependencia del secuestre".

4. Si la medida preventiva mediante la cual se ha ocupado una sociedad ha sido inscrita en el registro mercantil con fundamento en el numeral 5 del artículo 28 del Código de Comercio, de acuerdo con el cual debe hacerse dicha inscripción respecto de "todo acto en virtud del cual se confiera,

modifique o revoque la administración parcial o general de bienes o negocios del comerciante", es evidente que en el caso de concurrencia de dicha ocupación con la de todas las sociedades que son accionistas de ella, afecta sustancialmente la dirección y administración de la sociedad; y su inscripción en el registro mercantil la hace oponible a terceros, por lo cual ninguna persona, incluyendo a los socios, podría ampararse en las previsiones legales y estatutarias referentes a las funciones de los diferentes órganos sociales para subordinar o limitar las actuaciones del destinatario con base en eventuales autorizaciones o aprobaciones provenientes de los mismos. Ni la Asamblea, como órgano de dirección de los negocios sociales, ni la Junta Directiva y el representante legal, como órganos de administración de la sociedad, operan en el caso de una sociedad incautada cuando todos sus accionistas, a su vez, han sido también incautados dentro del mismo proceso de extinción de dominio. En esas circunstancias la integración, designación y funcionamiento de tales órganos quedan suspendidos durante la vigencia de las incautaciones aludidas, como quiera que es al destinatario y al depositario a quienes corresponde la dirección y administración de la sociedad, pues sólo oponiéndose a la finalidad de las normas sustanciales de tipo penal podría sostenerse que la ocupación de una sociedad no afecta su funcionamiento, el cual se lleva a cabo a través de dichos órganos.

5. Cuando la incautación u ocupación se produce simultáneamente con la incautación de todas las sociedades que figuran como accionistas, esta entidad considera que la Asamblea General de Accionistas, la Junta Directiva y demás órganos estatutarios de administración y representación de la sociedad no pueden funcionar mientras se encuentren vigentes tales medidas, cuya efectividad impone que tales órganos no ejerzan las facultades que les permiten controlar el funcionamiento de la sociedad. Es evidente que dicha suspensión no se opone a que cada accionista individualmente considerado sea propietario de sus acciones; y es claro que la suspensión de los órganos sociales no está prevista en la legislación comercial vigente sobre la materia, toda la cual, por cierto, es anterior a la Ley 333 de 1996. Dicha





previsión del derecho privado, debe considerarse para efectos penales, no como una prohibición inexistente, sino como un verdadero vacío legislativo para los efectos de la norma penal; y en ese orden de ideas es pertinente recordar los criterios señalados por el profesor Lisandro Martínez Zúñiga en relación con un tema muy afín, a saber, el sentido propio de los conceptos de derecho privado que cumplen una función integradora del precepto de una norma penal: "... la polémica sostenida entre los partidarios de la privatística y de la corriente autonomística no puede solucionarse mediante reglas absolutas, toda vez que siguiendo a Antolisei puede decirse que "... más que todo se trata de un problema de interpretación, esto es, que la cuestión debe resolverse caso por caso, para cada concepto singular. Punto de partida imprescindible deben ser las nociones elaboradas y acogidas por el derecho privado, las cuales estructuran los respectivos institutos jurídicos. Tales conceptos, no sólo no los debe desconocer el penalista, sino que debe estudiarlos a fondo. Sin embargo, tales nociones deben ser estudiadas a la luz del derecho penal, verificando las consecuencias que se derivan de su aplicación. Si resulta que la completa aplicación de los principios privatísticos conducen a resultados que se hallen en contraste con el fin, con las exigencias y con el carácter mismo del derecho penal, el penalista debe adoptar, a tales conceptos, aquellas modificaciones necesarias para evitar la contradicción. Si analizadas las instituciones civiles, se encuentra que en ellas existe un vacío respecto a definiciones de importancia penal, corresponde a nuestra disciplina llenar tal vacío, pero en el caso en que no se presente contradicción entre la definición dada por el derecho privado y el fin de las normas penales, o de que no exista un vacío en la legislación civil, el penalista debe aceptar la definición privatística. Adaptado el concepto civil al fin y al carácter de la norma penal, no se invaden campos ajenos, sino que se adaptan expresiones al ámbito en el cual les corresponde actuar, y donde por razones especiales deben adquirir una particular significación o deben tomar un valor originario" (Martínez, Lisandro. Introducción al Estudio de los Delitos contra el Patrimonio Económico. Bogotá, De. Temis, 1980. pág 9-10).

## CONCLUSIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley 222 de 1995, la Superintendencia tiene la atribución de vigilancia de ciertas sociedades entre ellas "*...las comprometidas en un proceso de extinción de dominio, respecto de bienes como los descritos en el artículo 3 de la Ley 333 de 1996*" (Decreto 3100 de 1997, art. 2), función que consiste en velar, en forma permanente, porque tales compañías en su formación, "funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos". Dicha función, de acuerdo con lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 85 de la Ley 222 de 1995, se tiene también en ejercicio del control u supone que ésta se adecue en su funcionamiento a la ocupación legalmente decretada por autoridad competente dentro de un proceso de extinción de dominio con ocasión del cual también se incautaron todas las sociedades que son accionistas de la compañía, y el establecimiento de comercio de propiedad de esta.

Dicha adecuación implica lo siguiente:

1. La dirección y administración de la sociedad corresponde al destinatario provisional y al depositario designado por éste, de conformidad con lo dispuesto en la resolución 1901 del 28 de noviembre de 1997 de la Dirección Nacional de Estupefacientes, la cual se encuentra inscrita en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio del domicilio social;

2. (...) La ocupación de una sociedad dentro de un proceso penal tiene como consecuencia la suspensión del control que sobre su dirección y administración y, en consecuencia, sobre el patrimonio social, se ejerce a través de los órganos sociales previstos en la ley y en los estatutos. Sólo así se deja a salvo la efectividad de la medida penal cuyo alcance es necesario establecer dada su referencia a una "sociedad" y no a uno o varios bienes; y para ello es importante atenerse al criterio señalado por la Corte Suprema de Justicia – ya citado por esta Superintendencia en oficio 220-5924 del 28 de enero de 1999- al expresar que "El que para efectos comerciales y civiles la persona jurídica sea un ente distinto de los socios, es





una verdad que no trasciende al ámbito penal (...) En el evento de las personas jurídicas, su patrimonio está constituido por el haber de los socios y sus actividades responden a la voluntad de sus dueños, quienes a través de ellas persiguen su propio beneficio. Si ello es así, la empresa misma puede servir para cometer actuaciones delictuosas". (Sala de Casación penal, auto del 20 de enero de 1993, rad. 7183)

3. Los órganos de dirección y administración de la sociedad ocupada no pueden cumplir ninguna de sus funciones estatutarias y legales, como quiera que la integración y funcionamiento de los mismos no puede ser contrarios a la ley; y ello ocurriría si se admitiera que los derechos derivados de las acciones de propiedad de sociedades ocupadas y, a su vez, emitidas por una sociedad igualmente ocupada, pueden ser ejercidos, pues la ocupación simultánea de las sociedades accionistas y de la sociedad emisora de las acciones en cuestión generó la designación de un destinatario provisional común, quién, a través de los respectivos depositarios, se encargan directamente de la dirección y administración de la sociedad.

4. Dicho destinatario, en los términos de las respectivas resoluciones de la Dirección Nacional de Estupefacientes, debe rendir mensualmente cuentas a dicha Dirección.

5. Hasta tanto dicha situación de ocupación se mantenga, ni la Asamblea General de Accionistas, ni la Junta Directiva ni los demás órganos administrativos de la sociedad ejercen función alguna; la ocupación de la sociedad y de todas las sociedades socias de ella deja sin operancia los instrumentos a través de los cuales se ejecuta el contrato social y funciona dicho sujeto de derecho, entre los cuales se encuentran todos los órganos de dirección y administración de la misma, lo cual incluye todos los derechos que cada acción confiere a su propietario en los términos del artículo 379 del Código de Comercio, como quiera que dicho ejercicio forma parte del funcionamiento de sociedades ocupadas, y por tanto, es llevado a cabo por el destinatario y el depositario respectivo.

6. Como consecuencia de todo lo anterior, una vez sometida a control de la Superintendencia una sociedad anónima la integración de su Asamblea General de Accionistas no puede darse; y ni el destinatario provisional ni el depositario requieren de ella para efectos de la presentación de cuentas e informes, pues corresponde rendirlas mensualmente ante la Dirección Nacional de Estupefacientes.

7. Puesto que la suspensión del funcionamiento de los órganos sociales no implica la parálisis de la sociedad, el destinatario y el depositario deben cumplir con sus funciones, en el entendido de que sin perjuicio de la rendición de cuentas que se debe hacer ante la Dirección Nacional de Estupefacientes, esta Superintendencia ejercerá las funciones de vigilancia y control previstas en la ley, máxime teniendo en cuenta que el funcionamiento de los órganos sociales queda en suspenso mientras se encuentren vigentes las ocupaciones de una sociedad y de todos sus accionistas.

8. La suspensión del funcionamiento de la Asamblea General de Accionistas que designa al revisor fiscal que, de acuerdo con la ley comercial (Código de Comercio, arts. 203 y s.s.) cumple una función de fiscalización en interés de dicho órgano colectivo y no de los accionistas individualmente considerados, respecto de la gestión de administradores cuyo funcionamiento también se suspende, conduce, entonces, a la suspensión del funcionamiento de la revisoría fiscal. Debe resaltarse que dicho órgano de fiscalización no es designado por ningún socio individualmente considerado, sino por la asamblea que en este caso, como quedó dicho, no opera. (Oficio sin número del 8 de abril de 1999)





## CONSECUENCIAS DE LA INCAUTACIÓN DE UNA SOCIEDAD CUANDO NO TODOS SUS ACCIONISTAS SON SUJETOS DE UNA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

De las medidas preventivas practicadas se desprende que cuando sobre la sociedad se disponga una medida de "ocupación", la facultad de administrar la sociedad, de señalar sus directrices y de celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o relacionados con el mismo, corresponde a la Dirección Nacional de Estupefacientes o al destinatario de los bienes ocupados o incautados de conformidad con el acto administrativo que destine en forma provisional a la sociedad sujeto de ocupación, y de las atribuciones que la Dirección Nacional de Estupefacientes le haya conferido.

En efecto, en el caso de la incautación de una sociedad, dicha medida preventiva sólo cumple su finalidad si la dirección y la administración de ésta quedan exclusiva y totalmente a cargo del destinatario y del depositario" ; sin embargo este hecho debe estar debidamente acreditado, ante la sociedad y ante terceros, lo cual obliga a que el acto administrativo donde conste la designación del destinatario deba inscribirse en el registro mercantil.

De otra parte, como de la "ocupación" de la sociedad no se desprende que sobre las acciones emitidas pese una medida preventiva dentro del mismo proceso y habida cuenta que no son parte del activo social, sino que pertenecen a terceros que en virtud de su titularidad ejercen derechos tales como el de participar en las reuniones de la asamblea general, percibir utilidades, aprobar aumentos de capital, autorizar reformas estatutarias, crear reservas especiales y en general todas aquellas atinentes a la condición de accionistas, conviene entonces realizar dos consideraciones sobre posibles alternativas en que se encuentren los accionistas de una sociedad sujeto de una medida de ocupación.

**A.** Cuando la totalidad de las acciones en que se divide el capital, de una sociedad sobre la cual pese una medida de ocupación,

son a su vez objeto de una medida similar dentro del mismo proceso.

1. En primer término ha de referirse el Despacho al simple embargo determinado por las reglas del Código de Procedimiento Civil en consonancia con las previsiones del ordenamiento mercantil.

El de acciones en una sociedad anónima o en comandita por acciones se hará comunicando la decisión al representante legal para que lo inscriba en el registro de accionistas lo que en forma inmediata ocasionará que se impida la transferencia o el gravamen de la acción, por ser la inscripción uno de los requisitos de tradición de dichos títulos conforme a su ley de circulación ; embargo que a la vez que afecta la disposición, sustrae del beneficio inmediato de los dividendos, utilidades e intereses y rendimientos.

El embargo del interés de un socio en sociedad colectiva y de responsabilidad limitada debe comunicarse a la Cámara de Comercio del domicilio social, lo anterior en razón de que la cesión de la participación implica una reforma estatutaria que debe ser inscrita en el registro mercantil.

La inscripción tiene como consecuencia la imposibilidad de transferir, gravar, disminuir el capital o aumentar el mismo, o adoptar cualquier medida que implique una variación en términos absolutos y relativos de los derechos que el socio tenga en la sociedad.

En cuanto a los alcances del embargo de las acciones, cuotas o partes de interés previsto por el ordenamiento procesal civil y por el comercial, la Superintendencia de Sociedades, en oficio 220-60745 de diciembre 27 de 1996, ha señalado:

"Como de las disposiciones citadas se aprecia (artículos 142 y 141 del Código de Comercio) es claro entonces que ciertamente las acciones son susceptibles de embargo e igualmente, que la medida como procede entratándose de otros bienes, no afecta su titularidad ni impone restricción alguna distinta a la limitación que impide su negociación, toda vez que trata solo de sustraer temporalmente el bien del comercio, de donde se deduce que el accionista conserva la plenitud de los derechos que la ley le reconoce, excepción hecha de los dividendos que le pueden corresponder durante el tiempo en que estén gravados los títulos."





(...)
"Con fundamento en lo anterior debe entonces concluirse que no obstante el embargo, el propietario de las acciones objeto de gravamen, en ejercicio del derecho que le asiste en los términos del artículo 379 del Código de Comercio, puede participar en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas y votar en ella, sea directamente o a través de apoderado, lo que obviamente supone que debe ser convocado en las condiciones que al efecto determinen los estatutos o en su defecto la ley."

2. No obstante lo anteriormente manifestado por esta entidad al respecto, el embargo de que trata la Ley 333 de 1996, y en especial de todas aquellas medidas conducentes al decomiso de un bien, entendido como la privación con carácter definitivo a favor del Estado, por decisión de una autoridad competente, tiene un escenario y efectos diferentes, por las razones que se exponen a continuación:

a. El objeto de la acción es todo derecho o bien mueble o inmueble, inclusive los derechos personalísimos -usufructo y uso-, y aquellos como el patrimonio de familia cuya naturaleza es la de ser inembargable.

b. Las medidas cautelares únicamente pueden recaer sobre los bienes vinculados directa o indirectamente con la comisión de una de las conductas señaladas por la ley o sobre los recursos provenientes de la enajenación o permuta de bienes adquiridos ilícitamente; o considerados como producto, efecto, instrumento u objeto del ilícito (artículo 3 Ley 333 de 1996).

c. Antes de sentencia de primera instancia, no puede el juez, aprehender, ocupar u ordenar la práctica de medidas cautelares sobre bienes equivalentes[1].

[1] *De otro lado, por cuanto la Corte considera que el artículo 5 de la Convención no posibilita formas de confiscación prohibidas por la Constitución. En efecto, este artículo posibilita tres formas de decomiso: de un lado, de los instrumentos utilizados para cometer los delitos tipificados de conformidad con los mandatos de la Convención; de otro lado, del "producto", esto es, de los beneficios obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de tales delitos; y, tercero, de "bienes cuyo valor equivalga al de ese producto".*

*Las dos primeras formas de extinción de dominio constituyen los casos clásicos de decomiso que, conforme a la reiterada jurisprudencia reseñada en esta sentencia, son legítimos desde el punto de vista constitucional. La tercera forma de extinción de dominio amerita un examen más detallado, por cuanto se podría pensar que la Convención, al autorizar que se prive a una persona de la propiedad de bienes cuyo valor sea considerado equivalente al producto de las*

d. La acción se promueve por las entidades legitimadas "en los casos en que los bienes tengan su origen en una actividad delictiva" (artículo 10 de la Ley 333 de 1996 en concordancia con su artículo 14).

"Artículo 14. De la competencia. Corresponderá a los funcionarios competentes para conocer de las actuaciones penales la declaración de extinción del dominio cuando la adquisición de los bienes se origine en cualquiera de las circunstancias de que trata esta Ley, o cuando se trate de bienes vinculados a actividades delictivas o destinados a las mismas, sin perjuicio de que la acción de extinción del dominio sea iniciada por las entidades estatales legitimadas con posterioridad a la terminación de la actuación penal, cuando ésta termine por cualquier causa y no se declare la extinción del dominio o se declare sólo sobre una parte de éstos."

*actividades ilícitas, podría dar lugar a confiscaciones. La Corte no comparte esa concepción. vista constitucional. La tercera forma de extinción de dominio amerita un examen más detallado, por cuanto se podría pensar que la Convención, al autorizar que se prive a una persona de la propiedad de bienes cuyo valor sea considerado equivalente al producto de las actividades ilícitas, podría dar lugar a confiscaciones. La Corte no comparte esa concepción. En efecto formas de decomiso: de un lado, de los instrumentos utilizados para cometer los delitos tipificados de conformidad con los mandatos de la Convención; de otro lado, del "producto", esto es, de los beneficios obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de tales delitos; y, tercero, de "bienes cuyo valor equivalga al de ese producto".*

*Las dos primeras formas de extinción de dominio constituyen los casos clásicos de decomiso que, conforme a la reiterada jurisprudencia reseñada en esta sentencia, son legítimos desde el punto de vista constitucional. La tercera forma de extinción de dominio amerita un examen más detallado, por cuanto se podría pensar que la Convención, al autorizar que se prive a una persona de la propiedad de bienes cuyo valor sea considerado equivalente al producto de las actividades ilícitas, podría dar lugar a confiscaciones. La Corte no comparte esa concepción. vista constitucional. La tercera forma de extinción de dominio amerita un examen más detallado, por cuanto se podría pensar que la Convención, al autorizar que se prive a una persona de la propiedad de bienes cuyo valor sea considerado equivalente al producto de las actividades ilícitas, podría dar lugar a confiscaciones. La Corte no comparte esa concepción. En efecto, el análisis precedente ha mostrado que elemento esencial que configura una confiscación es una sanción que consiste en la privación arbitraria -esto es, injustificada- y desproporcionada -esto es, sin ninguna medida de equivalencia- de los bienes legítimamente adquiridos por un particular, en beneficio del fisco y en general por motivos de persecución política. Por eso, cuando la sanción de la privación de un bien deriva de una causa legítima -como ser consecuencia de la comisión de un ilícito- y se rige por principios de equivalencia, ella se ajusta al ordenamiento constitucional. Esto es lo que explica, por ejemplo, la constitucionalidad de las penas de multa. Ahora bien, la Convención establece una razón que justifica el decomiso, puesto que se trata de privar de ciertos bienes a una persona que se ha beneficiado patrimonialmente de actividades delictivas. Y, de otro lado, la Convención no permite un decomiso desproporcionado por cuanto establece una medida objetiva, al consagrar que los bienes decomisados deben ser equivalentes al producto de la actividad ilícita. Esto significa entonces que para que opere este tercer tipo de decomiso se requiere que se haya probado judicialmente que la persona se ha beneficiado patrimonialmente de un delito por un monto determinado; sólo entonces se le podrán decomisar bienes por un valor equivalente. Es obvio que si no se dan tales supuestos no puede entonces operar este tercer tipo de decomiso". Corte Constitucional Sentencia C-176 de 1994.*





e. "La providencia que declara la ilicitud de la adquisición del dominio de los bienes en un proceso penal y la sentencia condenatoria que así lo establezca constituye prueba de la ilícita procedencia de los bienes"(artículo 10 Ley 333 de 1996). Esto permite la iniciación del proceso, e inclusive antes de su apertura los bienes ya pueden ser sujetos de medida cautelar por la providencia dictada en el proceso penal.

f. Desde la providencia que ordena el trámite de extinción, no podrá adquirirse ni transferirse el dominio de los bienes provenientes de actividades ilícitas, ni constituirse derecho alguno, ni celebrarse acto, contrato o negocio jurídico alguno respecto de éstos, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

g. La Dirección Nacional de Estupefacientes podrá destinar en forma provisional los bienes sobre los cuales esté vigente una medida cautelar, así como también, podrá recurrir al arrendamiento o fiducia de los bienes en caso de que la operación genere utilidades para garantizar que los bienes objeto de destinación provisional continúen siendo productivos y generadores de empleo (parágrafo 1o. del Artículo 25).

Todas estas características particulares del proceso mismo conducen a afirmar que las medidas cautelares no solamente sacan del comercio , sino que afectan todos y cada uno de los derechos derivados de la titularidad, tanto el de percibir dividendos como los de participar en la asamblea general, deliberar y tomar decisiones respecto del desarrollo de la sociedad y de su administración.

En el supuesto en el cual la sociedad es sujeto de ocupación y la totalidad de las acciones a su vez han sido incautadas dentro del mismo proceso de extinción de dominio, la Dirección Nacional de Estupefacientes reúne todas las facultadas de la junta directiva y de la asamblea general de accionistas lo que implicaría que el funcionamiento de tales órganos resulte innecesario para la consecución del fin social.

**Ahora bien, como el hecho de que la dirección y administración de la sociedad sean asumidos por la Dirección Nacional de Estupefacientes, debe ser conocido no sólo al interior de la persona jurídica sino especialmente por los terceros, se requiere que tal situación sea debidamente publicada, para lo cual el ordenamiento mercantil ha previsto como mecanismo no sólo de publicidad sino además de oponibilidad la inscripción de esta circunstancia en el registro mercantil.**

**B.** Cuando la medida de incautación de las acciones de una sociedad "ocupada" recae sobre alguno o algunos de los socios.

Si la participación social de un socio ha sido incautada en un proceso de extinción de dominio, los derechos que confiere la acción o cuota respectiva no pueden ser ejercidos por éste; las facultades que le son inherentes quedan en suspenso, y al depositario corresponde hacer uso en forma activa de los derechos que otorga la calidad de accionista, en el entendido de que es una consecuencia de la custodia y administración de los bienes incautados.

Si la totalidad de los bienes que conforman el activo social se encuentran afectos a una medida cautelar, es claro que las facultades de los órganos de dirección y administración en consecuencia, carecen de sustancia, en razón a que la suspensión de la disposición de los bienes implica no sólo la prohibición de enajenar, sino la de realizar cualquier contrato o negocio jurídico, o la constitución de derecho alguno sobre tales bienes. A manera de ejemplo, los órganos sociales no podrían decidir sobre distribución de utilidades, realizar reformas, realizar reformas estatutarias que afecten los bienes sociales como la disminución de capital, la fusión, la escisión, nombrar un factor para los establecimientos de comercio, conceder franquicias o adquirirlas a favor de uno de sus establecimientos de comercio. En cambio, las decisiones tales como nombramiento de órganos de dirección, reformas consistentes en aumento de mayorías, señalamiento de quórum, convocatoria y en general todas aquellas que no impliquen una





disposición de los bienes, entendido en sentido amplio, podrán ser tomadas por el máximo órgano social, pues al subsistir socios y también participaciones ajenos a la extinción y a las medidas adoptadas dentro de dicho proceso, esa situación implica la subsistencia de la asamblea.

La circunstancia resultante supone examinar el funcionamiento de la sociedad desde el punto de vista administrativo, como quiera que se debe establecer en cada caso, cuál es la materia sobre la cual ha de deliberarse y decidir, en atención al alcance de las medidas cautelares que concretamente afectan el funcionamiento de la sociedad. (Oficio 220-53622 junio 1 de 1999).

# FIDUCIA MERCANTIL

## SISTEMA ADOPTADO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA Y LA "TRANSFERENCIA" COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL NEGOCIO JURÍDICO

De acuerdo con el artículo 1226 del Código de Comercio, en virtud del negocio de fiducia mercantil el fideicomitente transfiere uno o más bienes suyos al fiduciario, con una finalidad específica. Así las cosas, conforme a la legislación colombiana, en razón del acto constitutivo de la fiducia, se transmite la propiedad de los bienes objeto de la misma al fiduciario, quien se convierte en el único vocero de los bienes fideicomitidos, a través de la figura del patrimonio autónomo que, a su vez, se conforma con los bienes transferidos.

Ahora bien, el artículo 1227 ibídem, señala que los bienes objeto de la fiducia sólo garantizan las obligaciones relacionadas con la ejecución del contrato, y, en tal sentido, no forman parte de la prenda general de los acreedores del fiduciario. Por su parte, el artículo 1233 de dicho ordenamiento establece que los bienes dados en fiducia deben mantenerse separados de los activos propios del fiduciario y de otros bienes que igualmente le hubieran sido entregados en fiducia; y, lo más relevante, que ***"forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo"***. Sin embargo, la noción de patrimonio autónomo no fue desarrollada en el código, quedando la determinación de sus alcances en manos de la jurisprudencia y la doctrina.

Como puede observarse, de acuerdo con las anteriores disposiciones la normatividad colombiana reconoce que los bienes objeto del negocio fiduciario son transferidos al fiduciario, aunque la propiedad que éste tiene sobre los mismos no pueda ser utilizada en su propio interés, sino únicamente para efectos de cumplir las finalidades previstas en el respectivo contrato de fiducia. De ahí que tengamos que hablar de una propiedad en cierto sentido





"restringida". Importante es anotar que, a diferencia del derecho anglosajón, en nuestro Código de Comercio no se reconoce una propiedad del interés económico en cabeza del beneficiario, y los bienes fideicomitidos -se repite- originan un patrimonio autónomo en el cual recaen derechos y obligaciones adquiridos en desarrollo de las instrucciones del acto constitutivo [1].

Como se anotó anteriormente, el artículo 1.226 del Código de Comercio es absolutamente claro al elevar a la condición de elemento esencial del negocio jurídico la "transferencia" de los bienes. Además, según se desprende del mismo artículo, una de las obligaciones del fideicomitente para efectos de cumplir con la finalidad del contrato, podrá ser la de enajenar los bienes fideicomitidos.

Es de la definición legal de "transferencia" de los bienes al fiduciario, a que hace referencia el mencionado artículo, y de la capacidad de enajenación de los bienes fideicomitidos que tiene el fiduciario, de donde se colige que el contrato de fiducia mercantil conlleva, necesariamente, la pérdida del carácter de propietario, por parte del fideicomitente, respecto de los bienes fideicomitidos, y la adquisición de tal calidad por parte del fiduciario, a partir de la celebración del respectivo negocio, aunque de manera restringida por la conformación del patrimonio autónomo, la destinación a que éste está sujeto, y la imposibilidad de conservar de manera definitiva el dominio sobre los mismos, según lo dispone el artículo 1.244 del Código.

Así las cosas, debe aceptarse que, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, los bienes fideicomitidos salen del patrimonio del fideicomitente y conforman un patrimonio autónomo cuyo vocero es el fiduciario, quien deberá destinarlos, exclusivamente, al cumplimiento de la finalidad específica que se prevea en el contrato de fiducia.

[1] *Es precisamente por este motivo que, frente a la indebida disposición que haga de los bienes fideicomitidos el fiduciario, el beneficiario no podrá incoar una acción reivindicatoria, como sí podría hacerse bajo el derecho inglés, sino que deberá acudir al ejercicio de una acción de nulidad.*

Además, de acuerdo con el artículo 1.227 del Código de Comercio, los bienes fideicomitidos garantizan las obligaciones vinculadas a la ejecución o cumplimiento del fideicomiso.

Como puede observarse, la "propiedad" que detenta el fiduciario sobre el patrimonio autónomo de los bienes fideicomitidos no se compadece de la definición de dominio que trae el Código Civil[2], ya que ésta supone la posibilidad de gozar y disponer de la cosa de la cual se es propietario de manera arbitraria, pero, en la medida en que el fiduciario se encuentra habilitado para enajenar los bienes, detenta la propiedad de los mismos, pues como se puede observar a través de las exposiciones de eminentes tratadistas colombianos, es la capacidad de disposición lo que verdaderamente determina que alguien tenga la propiedad o no de una cosa.

Pero lo verdaderamente importante de resaltar es que, celebrado el contrato de fiducia, y desde luego operada la transferencia como elemento esencial, el constituyente pierde la propiedad de los bienes fideicomitidos y todos sus atributos, aunque mantenga, según el negocio fiduciario de que se trate, el derecho a que los bienes le sean retornados a la finalización del contrato.

## DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO SURGEN PARA EL FIDEICOMITENTE LOS "DERECHOS FIDUCIARIOS"

De la celebración del contrato de fiducia surgen a la vida jurídica los derechos fiduciarios, los cuales, al menos en principio, le corresponderán al fideicomitente. Tales derechos no son otra cosa que aquellos que le corresponden al fideicomitente con relación al patrimonio autónomo, derechos que tienen la característica de ser bienes inmateriales.

[2] *Artículo 669 del Código Civil.- "El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno."*





En este orden de ideas, en el patrimonio del fideicomitente al momento de celebrarse un contrato de fiducia mercantil se produce una sustitución de activos, toda vez que salen de su patrimonio los bienes fideicomitidos, pero simultáneamente ingresan los derechos fiduciarios correspondientes, los cuales tienen el mismo valor que los bienes transferidos en fiducia.

Un derecho fiduciario no es nada más que el derecho derivado del contrato de fiducia, y que concreta la posición crediticia de beneficiario o de fideicomitente, según el caso. Sus alcances y valoración dependerán del tipo de fiducia de que se trate. Así por ejemplo, si una persona transfiere en fiducia un inmueble, el conjunto de derechos fiduciarios de los cuales es ahora titular se mirará como equivalente al inmueble fideicomitido, y es muy posible que, en una primera instancia, el valor de aquéllos sea similar al de éste último.

El artículo 1.233 del Código de Comercio establece textualmente lo siguiente:

***"Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y los que corresponda a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo."***

Por consiguiente, pese a que el fiduciario tiene la propiedad de los bienes fideicomitidos, los mismos no se confunden con sus propios activos, sino que deben ser manejados en forma separada e independiente, dando lugar al denominado patrimonio autónomo. Dicho patrimonio no tiene el carácter de persona jurídica, es decir, no es, en sí mismo, un sujeto. Sin embargo, en desarrollo del negocio fiduciario el patrimonio autónomo será objeto de una serie de relaciones jurídicas que podrán afectarlo y modificarlo.

En efecto, el fiduciario, al actuar en desarrollo del contrato de fiducia, lo hará por cuenta del patrimonio autónomo, y no por cuenta propia. Esto significa que las consecuencias jurídicas y económicas de tales actuaciones recaerán sobre el patrimonio autónomo, y no

sobre los activos propios del fiduciario. Así las cosas, es deber del fiduciario advertirle a la persona con quien celebre un determinado negocio jurídico en desarrollo del contrato de fiducia, que actúa como vocero -en representación- del patrimonio autónomo y que, en tal sentido, las obligaciones y derechos que se deriven del negocio estarán en cabeza de dicho patrimonio.

Las actuaciones del fiduciario por cuenta del patrimonio autónomo deberán ceñirse a las facultades que para el efecto se le hayan conferido en el respectivo contrato de fiducia.

## FIDUCIA MERCANTIL DE GARANTÍA. AUSENCIA DE DEFINICIÓN LEGAL- DEFINICIÓN POR VÍA DOCTRINARIA

La fiducia de garantía no encuentra en la ley colombiana una definición expresa. La noción vigente deriva del uso de la figura general de la fiducia mercantil –aunque no limitada a ella, pues también se instrumenta por encargo-, y es preciso afirmar que esta situación no ha impedido su desarrollo, sobre todo en los últimos años.

Empero, el hecho de que su estructura específica no se encuentre amparada en un texto normativo dificulta, en veces, la solución de algunos problemas, como lo veremos más adelante.

Aunque el estatuto mercantil no haga referencia expresa a la figura de la fiducia de garantía, otras disposiciones del derecho colombiano, en especial el Decreto 663 de 1.993, habilitan de manera expresa a la Superintendencia Bancaria para reglar aspectos de la fiducia. Ello implica que las instrucciones de la Superintendencia Bancaria en esta materia tienen fuerza vinculante, en la medida en que con ellas no se limita única y exclusivamente a expresar su opinión sobre el asunto –atribución que conserva-, como lo pudiera hacer cualquier otra autoridad, sino que tales pronunciamientos son de obligatorio acatamiento, pues nacen de una expresa facultad legal, generándose así lo que puede





denominarse un derecho derivado, a título de reglamentación técnica, que constituye un desarrollo de la ley.

Después de varios pronunciamientos, oficios OJ- 416 del 4 de noviembre de 1974 y OJ-136 del 13 de noviembre de 1981, finalmente, la Superintendencia Bancaria, al momento de regular, en 1991, lo concerniente a la forma como debe rendir las cuentas el fiduciario, registró en su normativa, hoy incorporada en la ya citada Circular Básica Jurídica [3], una definición marginal de lo que se entiende por negocio fiduciario de garantía y, dentro de él, de la denominada fiducia de garantía.

Con prescindencia del asunto relativo a las facultades de la Superintendencia Bancaria para entrar en este tipo de definiciones, o del alcance legal que a las mismas deba dárseles dentro de la óptica de los reglamentos técnicos que expide ese organismo de control, lo cierto es que la normativa vigente ilustra de modo claro la figura al expresar lo siguiente:

***"Entiéndase por fideicomiso de garantía aquel negocio en virtud del cual una persona transfiere de manera irrevocable la propiedad de uno o varios bienes a título de fiducia mercantil, o los entrega en encargo fiduciario irrevocable a una entidad fiduciaria, para garantizar con ellos y/o con su producto el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo, y a favor de terceros, designando como beneficiario al acreedor de éstas, quien puede solicitar a la entidad fiduciaria la realización o venta de los bienes fideicomitidos para que con su producto se pague el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, de acuerdo con las instrucciones previstas en el contrato".***

Así las cosas, en las propias normas vigentes -aunque ellas no tengan naturaleza legal en sentido material- esta expresión de la fiducia toma carta de naturaleza, y ello es necesario reconocerlo al momento de asumir el estudio de la figura y de sus alcances, pues –se reitera- esta regulación constituye una especie de "derecho derivado" y no simplemente una opinión legal.

[3] *Circular Externa 007 de 1996*

## CARACTERÍSTICAS

**1. Las obligaciones que se amparan son obligaciones del fideicomitente.**

Este aspecto reviste especial importancia para el adecuado análisis de la figura, pues las obligaciones respaldadas con los bienes que conforman el patrimonio autónomo –o, en su caso, los que se entrega en encargo fiduciario- no son obligaciones que hubiere asumido el fiduciario a título personal, como tampoco obligaciones que eventualmente hubiere adquirido el patrimonio autónomo como sujeto de derecho.

Esta afirmación no requiere de una elucubración jurídica muy elaborada, pues surge de la misma definición legal, cuando dice que los bienes que se transfieren o entregan, garantizan el cumplimiento de obligaciones a cargo de la persona que los transfiere o entrega, y a favor de un tercero designado por ella.

Por esta razón, cuando la fiduciaria, dando cumplimiento a las instrucciones impartidas para el efecto por el fiduciante, enajena los bienes y con su producido paga las obligaciones amparadas con el fideicomiso de garantía, no extingue obligaciones propias del fiduciario –ni, mucho menos, del patrimonio autónomo, sino obligaciones a cargo del fiduciante.

En otras palabras, no por tener la condición de beneficiarios de un fideicomiso de garantía, tales fideicomisarios dejan de ser acreedores del deudor fiduciante.

Por ello, el tema no puede ser analizado bajo la perspectiva simplista de las generalidades del negocio fiduciario, sino que necesariamente deberá tenerse en cuenta que el mismo, en cuanto garantía, es consecuencia de otro negocio, al cual sirve, y, por tanto, su análisis deberá hacerse teniendo en cuenta éste.

Pero, bien pudiera la definición legal haber contemplado la celebración de la fiducia de garantía para asegurar deudas





contraídas por una o varias personas distintas del constituyente, objeto que, no obstante, parece de recibo.

**2. El fiduciario obra por interés y bajo instrucciones del fiduciante**

Al hacer el pago de las obligaciones del fiduciante, el fiduciario no obra como un tercero absoluto (autónomo y autárquico), sino que obra como un tercero relativo, en la medida en que su conducta es consecuencia del cumplimiento de una obligación que asumió previamente con el fiduciante.

De ello se deriva que, cuando la fiduciaria procede a enajenar los bienes y a pagar con su producido al acreedor, está también pagando su propia obligación, en el sentido que está cumpliendo con la prestación a la cual se comprometió al suscribir el negocio fiduciario.

Independiente de la denominación que pudiere adoptarse, el punto central, el cual ha pretendido ser desconocido por algunos, utilizando expresiones como la de "vocero", es que la fiduciaria tiene la representación del fiduciante en el sentido de que los actos que ella haga o ejecute los hace en nombre y por cuenta de aquél y por tanto producen efectos liberatorios para el deudor. Por ello, cuando la fiduciaria paga, paga el deudor, pues aquélla lo hace en desarrollo de las instrucciones que le impartió éste.

Por tanto, aunque el fiduciario sea calificado por las normas legales como un simple "vocero" del patrimonio autónomo, y no como representante del mismo o del fiduciante para efectos del pago, su ejecución se efectúa en nombre y por cuenta de aquél; no de otra manera se explicaría, jurídicamente, que tal pago produjera efectos liberatorios para el deudor. Por ello puede decirse que cuando la fiduciaria paga, paga el deudor, pues aquél lo hace en desarrollo de las instrucciones que en tal sentido le impartió éste.

Ciertamente, los redactores de la disposición quisieron distinguir la fiducia del mandato. Y así lo hicieron, consagrando la transferencia de la propiedad. Pero este hecho no puede servir

para pasar por alto que la fiduciaria queda sujeta a las instrucciones del constituyente, ampliamente protegido por el artículo 1.236 del Código de Comercio. Sea que se miren estas instrucciones como meras obligaciones personales a cargo de la fiduciaria, o que se sostenga la existencia de una doble propiedad, es innegable que la propiedad está sometida a la voluntad del constituyente, por lo cual puede decirse que los actos fiduciarios son heterónomos.

Se pregunta con insistencia si es que alguien no podría pagar por mera liberalidad. Puede hacerlo, sin duda, pero sujetándose, cuando sea el caso, a las reglas sobre donaciones, pues reduce únicamente su patrimonio, comprometiendo para ello sus propios activos, aumentando indirectamente la capacidad de pago del deudor, en forma que beneficia a todos los acreedores aún insatisfechos. Pero debe quedar claro que este no es el caso del fiduciario. Ella no paga simplemente porque así lo quiera, sino que cancela obligaciones de los acreedores del deudor para liberarse de obligaciones propias que ella tiene con éste.

### 3. La fiduciaria no puede hacer lo que al deudor no le es permitido

Guarda estrecha armonía con el punto anterior la regla según la cual la fiduciaria no puede hacer aquello que está prohibido al fiduciante. En efecto, si la fiduciaria no tiene finalidad propia, en el sentido de que obra sujeta a la voluntad del fiduciante, resulta lógico que el ordenamiento le impida a ella ejecutar todo acto que a aquél no le es permitido.

La Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Bancaria es de una claridad meridiana cuando establece:

**"El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar Actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales".**

Es claro, en consecuencia, que el negocio fiduciario no puede utilizarse para obviar las prohibiciones de carácter legal que pesan





sobre el fideicomitente, pues ello implicaría un fraude a la ley, el cual se daría aún si no existiera la preceptiva ya comentada, por aplicación de los principios generales del derecho.

Baste, por ahora, señalar que la prohibición mencionada no puede aplicarse únicamente al momento de la celebración del contrato, sino que también se predica de aquellas circunstancias que surgen con posterioridad, y que producen los mismos efectos.

### 4. La transferencia de los bienes

Como bien se ha definido en la parte general de la fiducia mercantil, en la modalidad de garantía el fideicomitente transfiere al fiduciario los bienes con una instrucción precisa: que dichos bienes sirvan de respaldo o garantía a una o varias de sus obligaciones, al punto que, en caso de incumplimiento, debe procederse a su enajenación directa y al consecuente pago con los dineros obtenidos.

La transferencia de la propiedad ha operado plenamente, tratándose de fiducia mercantil, y el conjunto de bienes queda "afecto a la finalidad del acto constitutivo" que no es otra, se repite, que garantizar una serie de compromisos contraídos generalmente por el propio constituyente.

Sin embargo, bien puede ocurrir que el negocio se instrumente mediante la modalidad no traslaticia propia del encargo fiduciario, situación que se presenta cuando únicamente media la entrega de los bienes. En este evento, desde luego, aunque se configura el fideicomiso de garantía, los bienes permanecen en la propiedad del fideicomitente con todas las consecuencias legales que tal circunstancia apareja, entre ellas, la relativa a que los bienes fideicomitidos siguen haciendo parte de la prenda común de los acreedores del constituyente.

Quizás por tal motivo, no es frecuente instrumentar esta clase de garantías mediante negocios no traslaticios.

La fiducia mercantil de garantía, pues, se instrumenta a través de la transferencia de unos bienes con el cometido, correlativo, de

que, en caso de incumplimiento, se pague con dichos bienes a los acreedores. Es decir, su fundamento reside en que del patrimonio del constituyente salen unos activos que bien pueden retornar a dicho fideicomitente por no haberse presentado incumplimiento alguno, o bien pueden ser objeto de una enajenación, por haber ocurrido un evento de incumplimiento y haberse impuesto, consecuencialmente, la necesidad de disponer de los bienes para cancelar las acreencias garantizadas.

Si esas acreencias son del mismo constituyente, la enajenación, necesariamente, llevará a la cancelación correlativa de pasivos suyos por el mismo monto.

En el balance del constituyente, al momento de constituirse la fiducia se registrarán, como es obvio, unos "derechos fiduciarios", cuyo valor será equivalente, en ese mismo momento, al valor registrado del activo subyacente o transferido, aun cuando sea menester reconocer el efecto de las restricciones que pesan sobre la disponibilidad del activo. Cuando el incumplimiento se presenta y la enajenación se ejecuta, el valor de los derechos fiduciarios deberá ajustarse. Finalmente, al cancelarse las obligaciones garantizadas o parte de ellas, el pasivo correspondiente disminuirá en la misma proporción.

De lo anterior se tiene que al celebrarse un negocio fiduciario de garantía el constituyente, no se desprende de los bienes en un acto análogo a una donación o a cualquier otro acto o negocio jurídico que carezca de contraprestación económica. Si bien no recibe un "precio" a cambio de los activos transferidos, sí es claro que la suerte de tales activos está inescindiblemente ligada a la de los pasivos garantizados, por manera que ocurrirá una de dos cosas: (i) o la condición prevista para la ejecución de la garantía no se presenta y, en consecuencia, los bienes retornarán al activo de donde provinieron; o (ii) al configurarse el incumplimiento y enajenarse los bienes, desaparecerá el subyacente de los derechos fiduciarios, y éstos, en sí mismos, por haberse operado la ejecución y liquidación del fideicomiso, pero se extinguirán, igualmente, pasivos que de otro modo habrían persistido.





### 5. La fiducia en garantía constituye un derecho personal

En el derecho colombiano es atribución exclusiva del legislador determinar qué relaciones jurídicas constituyen derechos reales, y nuestro derecho positivo no ha consagrado tal connotación para la fiducia de garantía, por lo cual, tanto la doctrina, como la autoridad encargada de vigilar la actividad fiduciaria, han reconocido expresamente el carácter personal de la figura.

En efecto, la Superintendencia Bancaria señaló[4]:

***"Naturaleza jurídica del fideicomiso en garantía.***
***"Teniendo en cuenta el concepto y alcances de esta clase de fideicomiso, no cabe duda que la naturaleza jurídica del mismo permite enmarcarlo dentro de la gama general de las garantías que el ordenamiento jurídico reconoce como instrumentos idóneos para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de índole privada.***

***"El artículo 65 del Código Civil enseña que "caución significa generalmente cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación, propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda".***

***"Bajo este contexto general, puede afirmarse válidamente que la fiducia en garantía es una especie de caución de las que trata el artículo 65 transcrito, toda vez que precisamente la finalidad del negocio fiduciario consiste en establecer una obligación a cargo del fiduciario como titular del patrimonio fideicomitido, y a favor del beneficiario-acreedor, cuyo único fin radica en que, en caso de incumplimiento por parte del fideicomitente-deudor, el fiduciario deberá pagar al beneficiario el importe de las acreencias amparadas con la celebración del contrato, hasta concurrencia del producido de la enajenación de los bienes dados en fiducia. Luego, se trata de un verdadero negocio de garantía.***

***"Visto lo anterior, retomando la estructura de la operación que nos ocupa, se observa que con ocasión de la celebración del contrato de fiducia en garantía, el beneficiario acreedor adquiere frente al fiduciario únicamente derechos de carácter personal, en los términos del artículo 666 del Código Civil, en virtud de los cuales puede exigir de éste, mediante el ejercicio de las correspondientes acciones personales, el fiel cumplimiento de las obligaciones correlativas, pero en ningún caso surgen para el fideicomisario derechos reales respecto de los bienes fideicomitidos.***

[4] *Concepto 040130 del 31 de agosto de 1989*

***"Las anteriores consideraciones conducen sin dificultad a la conclusión de que la caución constituida mediante la celebración de un contrato de fiducia mercantil de garantía es, para todos los efectos legales, una garantía personal, ya que, de una parte, la ley no reconoce al beneficiario –y el contrato no podría hacerlo- los derechos de privilegio y persecución de los bienes fideicomitidos, esenciales de toda garantía real, y, de otra, el fiduciario, al pagar la deuda, cumple simplemente una obligación personal a su cargo y a favor del fideicomisario, cuya fuente es precisamente el negocio fiduciario".***

En efecto, los acreedores beneficiarios de un fideicomiso en garantía no tienen un derecho real sobre los bienes fideicomitidos, sino un derecho personal que se traduce en la posibilidad de exigirle al fiduciario que enajene tales bienes para que con su producido sean atendidas las obligaciones de las cuales son titulares.

Por tal razón, si el fiduciario, desatendiendo las instrucciones del fideicomitente, transfiere a un tercero los bienes fideicomitidos, para cumplir un propósito distinto al encargado, los acreedores beneficiarios de los certificados de garantía no pueden perseguir directamente tales bienes ni exigir a quien los adquirió la satisfacción de su acreencia, sino que deben impugnar el acto del fiduciario para, por esta vía, obtener la restitución de los bienes (artículo 1.235, numeral 2°, del Código de Comercio).

## 6. La fiducia en garantía como forma de ejecución extrajudicial

Aunque criticados por un sector importante de la doctrina que considera que pueden resultar, en un momento dado, violatorios del derecho de defensa que le asiste al deudor, existen mecanismos jurídicos que permiten al acreedor gozar del beneficio del pago de su derecho, sin tener que recurrir a la opción propia de las garantías personales o reales tradicionales, esto es, a la recuperación de lo adeudado mediante un proceso ejecutivo incoado ante el aparato jurisdiccional respectivo.

La ejecución de la fiducia en garantía, por ejemplo, como mecanismo de cobro coactivo, puede compararse exitosamente con un proceso de ejecución singular, en el sentido de que procura





la realización de los bienes fideicomitidos para atender las obligaciones a cargo del deudor fideicomitente, pero con las excepcionales notas características que se señalan a continuación, las cuales, para algunos, rayan con la inconstitucionalidad, en cuanto impiden al deudor todo derecho de defensa:

No hay lugar al decreto de las medidas cautelares, pues estas tienen como fin impedir actos de disposición por parte del deudor, las cuales carecen de justificación, habida consideración de que los bienes ya han salido del patrimonio del deudor, precisamente para atender tales obligaciones; en cuanto al avalúo, el mismo está determinado de antemano conforme al interés del fiduciario, pues delimita el monto por el cual se habrán de expedir los certificados de garantía y liquidarse los bienes; el remate es sustituido por las actuaciones de la fiduciaria tendientes a la enajenación del bien; en fin, la facultad que tiene el acreedor en la ley procesal en el sentido de solicitar la adjudicación del bien materia del remate como pago de su crédito, tiene como equivalente, en la fiducia en garantía, la posibilidad de los acreedores titulares de los certificados de garantía, de solicitar que los bienes fideicomitidos le sean transferidos en dación en pago.

Algunos han considerado que, al menos en Colombia, tal previsión resulta ajena a nuestro derecho, pues algo similar únicamente existe en el caso de la prenda[5], y su aplicación analógica resulta improcedente dado el carácter restrictivo de la disposición.

El despacho no comparte esta crítica, ya que no tiene en cuenta que el esquema descrito puede asimilarse al de otras garantías como las denominadas "pagaderas a primera solicitud", cuya característica básica reside en que un tercero **independiente del acreedor y el deudor**, recibe de ellos, al momento de constituir el mecanismo, una instrucción de obrar en determinada forma frente al cumplimiento de unos requisitos formales mínimos, sin que deba

[5] *Se trata del llamado "pacto pignoraticio" contenido en el artículo 1203 del C. de Co., a cuyo tenor el acreedor no puede apropiarse de la cosa dada en prenda, por un medio diferente al previsto en la ley.*

previamente adelantarse frente a él un debate sobre la viabilidad del pago hecho a nombre y por cuenta del deudor.

Además, en cualquier caso puede considerarse que la aplicación de los principios de responsabilidad vigentes, impediría que una actuación abusiva o fraudulenta, en perjuicio de deudor, por parte del acreedor, quedara impune.

En efecto, la existencia de una estructura de este tipo en nada repugna con la aplicación de los principios generales de derecho que garantizan una reparación satisfactoria al deudor, en caso de que el acreedor haya abusado de su derecho o incurrido en un fraude a la ley, por ejemplo; o de culpa de la fiduciaria al ejecutar el encargo, que apareje como consecuencia directa algún perjuicio al deudor. Pero la mera posibilidad de este manejo inadecuado no puede llevar a concluir, *ab-initio*, la improcedencia legal del mecanismo.

## 7. Su irrevocabilidad

La irrevocabilidad es un aspecto connatural a la fiducia de garantía y, en general, al fideicomiso de esta clase, aunque desde el punto de vista legal el tratamiento de la irrevocabilidad en la fiducia en nuestro país pudiera permitir arribar a la conclusión de que no es un elemento de su esencia.

Y bien puede decirse que no lo es en los precisos términos que a los elementos esenciales otorga el Código Civil puesto que, de la lectura de las normas que la definen, no puede sostenerse que degenere en un contrato diferente. Pero, igualmente, es claro que un negocio fiduciario que se instrumenta con el objetivo de respaldar obligaciones de una persona, no puede dejar en manos del propio garantizado la efectividad del instrumento, que se tornaría nugatorio por completo al no poder impedir que el garantizado sea quien, en últimas, defina la eficacia de la figura.

Por lo demás, el "derecho derivado" de la Superintendencia Bancaria arriba citada, así se reconoce de modo expreso.





## 8. Tratamiento contable y tributario

El análisis de la materia en estudio no puede fincarse únicamente en las disposiciones sobre fiducia del estatuto mercantil y algunos pronunciamientos de la Superintendencia Bancaria, desconociendo otras regulaciones, como las contables y las tributarias, que, enlazadas sistemáticamente con las de derecho civil, -en particular en cuanto a las obligaciones y los contratos- y las de derecho concursal, que se estudian en otros apartes de estas consideraciones, proporcionan valiosas luces a la mejor comprensión del problema.

Así, el artículo 69 del Decreto Reglamentario 2649 de 1993 califica como activos intangibles "... los derechos derivados de bienes entregados en fiducia mercantil....". En desarrollo de lo cual, el Decreto Reglamentario 2650 de 1993 dispone la subcuenta 162520, en la cual deben reconocerse los derechos derivados de los fideicomisos de garantía, registrando "... los contratos fiduciarios mediante los cuales el ente económico transfiere uno o varios bienes a una entidad fiduciaria para garantizar con ellos y/o con su producto el cumplimiento de ciertas obligaciones designando como beneficiario a los acreedores de dichas obligaciones. Tales fideicomisos, igualmente se registran en el código 8110 – bienes y valores entregados en garantía -. ...", subcuenta que se debita "...por el valor del derecho adquirido en el respectivo negocio fiduciario...", y que se acredita "...por el costo, por terminación del derecho fiduciario. ...".

De tal manera que toda alteración del patrimonio autónomo de garantía se refleja necesaria y simétricamente en los activos del deudor.

Por su parte, el Estatuto Tributario, modificado por el artículo 81 de la Ley 223/95, dispone:

***"ART. 102.- Contratos de fiducia mercantil. Para la determinación del impuesto sobre la renta en los contratos de fiducia mercantil se observarán las siguientes reglas:***

*"1. Para los fines del impuesto sobre la renta y complementarios, los ingresos originados en los contratos de fiducia mercantil se causan en el momento en que se produce un incremento en el patrimonio del fideicomiso, o un incremento en el patrimonio del cedente, cuando se trate de cesiones de derechos sobre dichos contratos. De todas maneras, al final de cada ejercicio gravable deberá efectuarse una liquidación de las utilidades obtenidas en el respectivo periodo por el fideicomiso y por cada beneficiario, siguiendo las normas que señala el capítulo I del título I de este libro para los contribuyentes que llevan contabilidad por el sistema de causación.*

*"2. Las utilidades obtenidas en los fideicomisos deberán ser incluidas en las declaraciones de renta de los beneficiarios, en el mismo año gravable en que se causan a favor del patrimonio autónomo, conservando el carácter de gravables o no gravables, y el mismo concepto y condiciones tributarias que tendrían si fueren percibidas directamente por el beneficiario*

*"3. Cuando el fideicomiso se encuentre sometido a condiciones suspensivas, resolutorias, o a sustituciones, revocatorias u otras circunstancias que no permitan identificar a los beneficiarios de las rentas en el respectivo ejercicio, éstas serán gravadas en cabeza del patrimonio autónomo a la tarifa de las sociedades colombianas. En este caso, el patrimonio autónomo se asimila a una sociedad anónima para los fines del impuesto sobre la renta y complementarios. En los fideicomisos de garantía se entenderá que el beneficiario es siempre el constituyente.*

*"4. Se causará el impuesto sobre la renta o ganancia ocasional en cabeza del constituyente, siempre que los bienes que conforman el patrimonio autónomo o los derechos sobre el mismo se transfieran a personas o entidades diferentes del constituyente. Si la transferencia es a título gratuito, el impuesto se causa en cabeza del beneficiario de los respectivos bienes o derechos. Para estos fines se aplicarán las normas generales sobre la determinación de la renta o la ganancia ocasional, así como las relativas a las donaciones y las previstas en los artículos 90 y 90-1 de este estatuto.*

*"5. Con relación a cada uno de los patrimonios autónomos bajo su responsabilidad, los fiduciarios están obligados a cumplir, bajo su propio NIT y razón social, las obligaciones formales señaladas en las normas legales para los contribuyentes, los retenedores y los responsables, según el caso. Con cargo a los recursos del patrimonio autónomo, los fiduciarios deberán atender el pago de los impuestos de ventas, timbre y la retención en la fuente, que se generen como resultado de las operaciones del patrimonio autónomo.*





*"6. Los fiduciarios son solidariamente responsables, junto con los patrimonios autónomos bajo su cargo y con los respectivos beneficiarios, por las sanciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones formales a cargo de los patrimonios autónomos.*

*Las utilidades acumuladas en los fideicomisos, que no hayan sido distribuidas ni abonadas en las cuentas de los correspondientes beneficiarios, deberán ser determinadas por el sistema de causación e incluidas en sus declaraciones de renta. Cuando se den las situaciones contempladas en el numeral 3° de este artículo se procederá de acuerdo con lo allí previsto.*

*PAR.—Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 23-1 de este estatuto, el fiduciario deberá practicar retención en la fuente sobre los valores pagados o abonados en cuenta, susceptibles de constituir ingreso tributario para los beneficiarios de los mismos, a las tarifas que correspondan a la naturaleza de los correspondientes ingresos, de acuerdo con las disposiciones vigentes."* (la subraya no es del texto original).

Estas regulaciones nutren a la institución fiduciaria y no pueden ser olvidadas, so pena de que el análisis resulte incorrecto.

## FIDUCIA DE GARANTÍA Y LOS PROCESOS CONCURSALES

En primer término debe tenerse en cuenta que, al ser el fideicomiso de garantía una estructura de respaldo de acreencias con pleno arraigo en nuestro sistema legal, en principio su celebración no puede calificarse como improcedente bajo ninguna perspectiva.

Igualmente, la ejecución de las previsiones contractuales tampoco supone, al menos en principio, que las mismas no procedan si se dan las condiciones establecidas en el marco del contrato para tal efecto.

Dicho de otra manera, la **regla general** es que el cumplimiento y ejecución de la fiducia en los términos específicamente consagrados en el contrato procede una vez haya sido celebrada conforme a la ley; la excepción debe encontrarse en la ley o derivarse de modo inequívoco de sus previsiones.

Pero, tal como sucede con otras figuras jurídicas previstas para ser aplicadas en condiciones "normales" u "ordinarias", la situación concursal interfiere la relación jurídica de tal manera que la ejecución del contrato fiduciario debe ajustarse a los fines del concurso, como lo veremos en los siguientes párrafos.

El principio de la colectividad supone la carga procesal para todos los acreedores del deudor fallido de hacerse parte en el concordato, so pena de perder todo tipo de acción ejecutiva contra el deudor hasta que se pague a los acreedores que se hicieron presente en el concurso. No obstante, este principio no impedía a los acreedores realizar acciones judiciales o extrajudiciales encaminadas a obtener de los codeudores, fiadores, avalistas, aseguradores, emisores o cualquier otra persona que deba cumplir la obligación del deudor fallido, la satisfacción de sus acreencias.

Ello obedece a que las referidas acciones, en la medida en que no implican la disminución del patrimonio del deudor fallido, no configuran un impedimento para que los procesos concursales cumplan con una de sus más importantes finalidades, a saber, la preservación de la integridad del patrimonio del deudor, por cuanto el mismo constituye la base para la recuperación de la empresa en crisis, y es garantía común de los acreedores.

Ahora bien, la cancelación de obligaciones a cargo del deudor fallido por parte de cualquier otra persona que también se encuentre obligada a satisfacerlas, no implica el quebrantamiento del principio de la igualdad, pues éste sólo se predica respecto del pago de las obligaciones del deudor fallido con bienes que integren la "masa concursal", pago que como se ha visto, debe hacerse atendiendo la prelación legal.

Este análisis, que el despacho comparte íntegramente, ha llevado a algunos a señalar, que ninguna disposición del Decreto 350 de 1989 o la Ley 222 de 1995 establece que, para efectos de que un tercero ajeno al proceso concursal pueda pagar obligaciones del deudor fallido con bienes que no hacen parte del patrimonio de éste, deba contar con la autorización del juez que conozca del





respectivo proceso concursal, por lo cual excede la entidad sus atribuciones al prevenir a las sociedades fiduciarias que hayan recibido bienes del deudor a título de fiducia mercantil en garantía, que no pueden ejecutar el contrato sin su autorización.

Pero, vamos por partes:

**Lo accesorio sigue la suerte de lo principal**

La Superintendencia Bancaria ha definido que "la caución constituida mediante la celebración de un contrato de fiducia mercantil de garantía es, para todos los efectos legales, una garantía personal...".

En tal virtud, lo que suceda con la obligación principal afecta de manera directa el encargo: si la obligación garantizada mediante la fiducia es pagada total o parcialmente por el deudor, la garantía reduce en igual proporción el amparo; si la obligación principal prescribe, la garantía fiduciaria deja de respaldarla; si la principal se compensa o extingue por cualquier otro medio, la accesoria desaparece; y, en fin, si la obligación de pagar la principal se suspende, no puede hacerse efectiva su garantía.

Por tanto, resulta de bulto que, ante la suspensión de pagos que comporta un proceso concursal, no puede el acreedor pretender el pago con la garantía concedida por el deudor con sus propios bienes –que dejaron de ser suyos precisamente para garantizar el pago que ahora queda suspendido-.

**El patrimonio autónomo no es, propiamente, un "tercero"**

No resulta un argumento de forma o simplista sostener que, al carecer de personería jurídica, el patrimonio autónomo no puede ser "tercero", entendido éste como persona que no forma parte de la relación jurídica de que se trate. Porque no fue por casualidad que el legislador privó de personería al patrimonio autónomo sino que, por el contrario, aquél buscó los efectos derivados de tal definición jurídica.

Así, se tiene que el tercero que paga la obligación del deudor puede quedar en una de dos situaciones, dependiendo de la onerosidad o gratuidad de su acto: o adquiere el derecho del acreedor y toma su posición frente al deudor, si pagó a cambio de ello, en cuyo caso el patrimonio del deudor no sufre variación alguna; o renuncia a cualquier contraprestación por su pago, caso en el cual estamos frente a una donación, el pasivo concursal disminuye sin que se demerite el activo, y los acreedores tienen un mayor cubrimiento proporcional de sus obligaciones.

Pero nada de lo anterior sucede cuando paga el patrimonio autónomo: él no toma la posición de acreedor de quien quedó satisfecho con su pago, ni la prenda común se fortalece con el pago, pues disminuye el pasivo pero a costa del activo denominado "derechos fiduciarios".

De manera que el pago, aunque formalmente se haya hecho con patrimonio "ajeno al deudor" (por no poder decirse, sin incurrir en imprecisión, que con patrimonio de un tercero), en realidad se hizo: (i) por orden anticipada del deudor, (ii) para pagar obligaciones suyas, y (iii) con la prenda general de sus acreedores. Lo que equivale a decir que, tanto por el sujeto de quien emana la voluntad de pago, como por los medios con los cuales se paga, y el titular de las obligaciones pagadas, cuando paga la fiduciaria, paga el deudor.

**La fiduciaria no puede hacer lo que al deudor no le es permitido**

La Circular Básica Jurídica expedida por la Superintendencia establece:

**"El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales".**

Ello significa que el negocio fiduciario no puede utilizarse para obviar las prohibiciones de carácter legal que pesan sobre el





fideicomitente, pues ello implicaría un fraude abierto a la ley, fraude que se daría aún si no existiera la preceptiva ya comentada, aplicando normas y principios generales del derecho.

Una de tales normas ( Ley 153/87, artículo 38) dispone lo siguiente:

**"En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración".**

Se hará caso omiso de la excepción que hace la norma respecto de las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, por cuanto tales leyes no han tenido modificación sustancial en el caso que se estudia.

De conformidad con la norma transcrita, necio sería discutir la ilegalidad del contrato de fiducia mercantil que contemplara una cláusula semejante a ésta: "Objeto: el fiduciante transfiere a la fiduciaria la totalidad de sus bienes con el objeto exclusivo de que, llegado el caso de que aquél sea convocado o admitido a concordato, ésta los enajene inmediatamente para, con su producto, pagar lo que en ese momento adeude el mismo fideicomitente al señor Juan Pérez".

O de esta otra: "Objeto: el fiduciante transfiere a la fiduciaria la totalidad de sus bienes con el objeto exclusivo de que, llegado el caso de que aquél sea convocado o admitido a liquidación obligatoria, ésta los enajene inmediatamente para, con su producto, pagar lo que en ese momento adeude el mismo fideicomitente al señor Juan Pérez".

En efecto, disposición semejante rayaría cualquier inteligencia, que captaría de inmediato el ilegal propósito de deudor y acreedor de sustraerse, en el primer caso, a la norma que prohibe a la sociedad en concordato hacer pagos a sus acreedores o arreglos sobre sus obligaciones; o, en el segundo, a la que prohibe al ente en liquidación pagar por fuera del proceso, a través de persona distinta del liquidador y alterando a las prelaciones de ley.

Se dirá que los ejemplos sugeridos no vienen al caso, precisamente porque en ellos es evidente el ánimo de burlar la ley, por parte de los contratantes, al sacar del patrimonio del deudor los bienes con el fin de esquivar las normas del concordato o la liquidación; y que distinto es –como de uso corriente se estila- que se convenga la venta y el pago para el caso de incumplimiento, y que éste se dé dentro de una cesación general de pagos a cuya consecuencia procesal no quedarían sujetos bienes que ya –en el momento en que se presenta la cesación- no son parte del patrimonio del deudor.

Pero yerra quien así razona. Porque lo que determina que los bienes o su disposición queden involucrados en el proceso concursal no es la mala intención de los contratantes (para eso está la acción pauliana, por ejemplo) sino las normas que disponen que durante el concordato hay suspensión de los pagos, y en la liquidación éstos se hacen mediante un rito especial y por el liquidador, disposiciones de orden público que, por tanto deben ser acatadas aún en contra de pacto "de buena fe" en sentido contrario.

Por fuera del humor, lo mejor que tiene la caricatura es su aptitud didáctica: tomado de manera aislada el momento en que el acreedor con garantía fiduciaria pretende obtener el pago de su derecho ante un deudor en proceso concursal, en nada difiere del ejemplo exagerado que se acaba de poner. Porque el hecho de que el contrato no se hubiera celebrado con la intención de defraudar a los acreedores –en el ejemplo tampoco va implícita esta intención; bien puede haber recibido el empresario recursos para sacar adelante su empresa en dificultades de liquidez- no convierte en lícito el encargo de pago, si éste incluyera, expresa o tácitamente, ejecutarlo aún en una situación jurídica que, de conocerse, lo tornaría ilegal. Lo que sucede es que en el ejemplo la ilicitud salta a la vista por expresa y anticipada, en tanto que lo que normalmente se pacta contendría una ilegalidad latente que se evidencia llegada la situación concursal.

Por tanto, no es una inferencia jurídica acertada el colocarse en el momento del concurso cuando, en virtud de la fiducia mercantil, los bienes ya no son del deudor, y concluir que, por ello, nada tienen





que ver éstos con el proceso. No. La interpretación del encargo de pago que usualmente se pacta en los contratos de fiducia en garantía, debe hacerse *ex-ante*, para concluir correctamente que dicho encargo debe entenderse "a menos que el deudor quede sujeto a un proceso concursal", salvedad que, como todas las que involucran el respeto a la ley vigente al momento de contratar, no requiere expresarse en el contrato, porque se supone incorporada a él, a través de la norma imperativa, y en contra de la cual hubiera resultado ilegal pactar tanto tácita como expresamente.

Debe concluirse, entonces, que, aunque los bienes dados en garantía fiduciaria no pertenecen al deudor en concordato, puesto que salieron de su patrimonio para garantizar el pago de obligaciones cuya satisfacción se encuentra suspendida, el proceso de ejecución de las obligaciones así garantizadas, también se suspende mientras se tramita el concurso.

La Superintendencia de Sociedades no ha dicho que por la situación concursal del fiduciante el negocio fiduciario se termine, o los bienes deban volver a la masa concordataria, o éstos puedan ser perseguidos dentro del concurso, ni que con ellos se deba atender el pasivo concursal. No!

Lo que sostiene este despacho es que, admitido el fiduciante a concurso, no pueden hacerse pagos o arreglos con los acreedores, que involucren bienes que hacen parte del patrimonio autónomo, y que el hacerlo comporta la ineficacia de los mismos, a menos que haya mediado autorización del Superintendente. Pero tal suspensión de la ejecución del negocio fiduciario no lo extingue, ni niega la trasferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos, y, por tanto, no comporta su regreso, por ese solo hecho, al patrimonio del deudor.

Y debe decirse más, no cabe duda a la Superintendencia de Sociedades que no resistiría la más elemental crítica de inconsecuencia el que la argumentación que hoy se intenta recoger sistemáticamente en este pronunciamiento, fuera considerada por este despacho como suficiente para sostener la imposibilidad de ejecutar el negocio fiduciario cuando el fideicomitente se encuentre

tramitando un concordato, y no cuando se trate de una liquidación obligatoria, estando como está, igualmente impedido el deudor en ambos casos, para pagar sus obligaciones en contravención a los principios concursales que se han expuesto en este proveído.

Pero tampoco en este caso pretende la Superintendencia de Sociedades que el juez del concurso pueda decretar la terminación del negocio o el reintegro, sin más ni más, de los bienes fideicomitidos, al patrimonio del deudor. Por el contrario, considera este despacho que, como en el concordato, podría el mismo autorizar, por excepción, la enajenación de los bienes fideicomitidos, o el pago de acreencias relacionadas con el negocio, con los mismos criterios con que lo hace cuando no media fiducia alguna; así como tampoco sería extraño que, ante la insuficiencia de activos para atender pasivos con prelación legal, tuviera que recurrirse a bienes del fideicomiso, pero, en ese caso, tendría que mediar la terminación del negocio, bien por acuerdo entre fiduciante y fiduciaria, ya como consecuencia exitosa de una acción que en tal sentido promoviera el liquidador con fundamento en la imposibilidad legal de cumplir el encargo (art. 1.240-2 C. de Co.), lo que nada tendría que ver con revocatorias concursales o acciones paulianas.

**Posible autorización de la Superintendencia de Sociedades.**

Cuando quiera que se pretenda realizar cualquiera de las operaciones a las cuales nos hemos referido, deberá examinarse no sólo la legalidad de la operación, sino igualmente la conveniencia, necesidad o urgencia de la misma, pues su favorabilidad para la empresa permite hacer excepciones a la *par conditio creditorum* al efectuar pagos de manera anticipada.

Sobre este particular esta Superintendencia ha expresado[6]:

**"(...) En cuanto a que los créditos concordatarios están sujetos a los resultados del proceso, se observa que efectivamente la solución de las obligaciones presentadas a**

[6] *Auto 410-620-1340 del 10 de agosto de 1.993 publicado en "Régimen de los concordatos preventivos". Ministerio de Desarrollo Económico. Superintendencia de Sociedades. 1.995, página 28 y siguientes.*





**un concordato, se sujetará a las reglas que se pacten en el acuerdo concordatario que se llegare a celebrar entre la sociedad deudora y sus acreedores, teniendo en cuenta la prelación y los privilegios establecidos en la ley.**

Sin embargo, puede ocurrir que durante el trámite del concordato, período que va desde la fecha de admisión o convocatoria al citado procedimiento hasta la celebración del acuerdo, sea necesario efectuar el pago de algunas obligaciones concordatarias, para lo cual se requiere, de una parte, de la solicitud formulada por el empresario, y de otra, de la previa autorización del juez del concordato, autorización que se imparte de plano (ordinal 3º del artículo 6º del Decreto 350 de 1989), lo cual quiere decir, que la misma queda a criterio del juez del concordato concederla o no.

No obstante lo anterior, este Organismo ha sostenido en forma reiterada, que para que proceda la autorización, debe como antes se dijo, acreditarse la urgencia, necesidad o conveniencia de la operación que se proyecta, con el fin de tener elementos de juicio para autorizar las operaciones a que alude la norma en mención, entre ellas la del pago de obligaciones concordatarias.

En el presente caso, se tiene que la sociedad solicitó autorización para pagar a los acreedores el valor des sus respectivos créditos, con el fin de asegurar el suministro de materia prima para cumplir con los pedidos solicitados, el cual puede ser suspendido por falta de pago y por la situación concordataria que atraviesa la compañía, lo que podría ocasionar un grave perjuicio para el desarrollo de los negocios sociales y por ende de los mismos acreedores.

En efecto, el C. de Co. en su art. 25 define la empresa como "toda actividad organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.", lo cual implica contar con los medios necesarios para el fin propuesto, tales como proveedores de materia prima o elementos indispensables para la elaboración y empaque del producto, la prestación de servicios, etc."

En relación con la violación del principio de la *par conditio omnium creditorum*, es preciso advertir que la autorización para el pago de obligaciones a que se refiere la disposición antes citada, es la excepción a la regla, y solamente tiene cabida para aquellos casos en que sea urgente y necesario pagar dichas acreencias para lograr la continuidad de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, cuando ello fuere posible (artículo 2º ibídem).

## CONCLUSIONES DEL CONTRATO DE FIDUCIA

1.Ciertamente, los redactores de la disposición quisieron distinguir la fiducia del mandato. Y así lo hicieron, consagrando la transferencia de la propiedad. Pero este hecho no puede servir para pasar por alto que la fiduciaria queda sujeta a las instrucciones del constituyente, ampliamente protegido por el artículo 1.236 del Código de Comercio. Sea que se miren estas instrucciones como meras obligaciones personales a cargo de la fiduciaria, o que se sostenga la existencia de una doble propiedad, es innegable que la propiedad fiduciaria está sometida a la voluntad del constituyente, por lo cual puede decirse que los actos fiduciarios no son absolutamente autónomos, sino heterónomos.

2. No solamente cuando los acreedores del fiduciante han intentado ser burlados por su deudor, puede darse el caso de que bienes que salieron de su patrimonio deban volver a éste para engrosar la prenda común de los acreedores. Este resultado también puede ser fruto de la terminación del negocio fiduciario, ya que, cumplido el encargo, o no debiendo éste continuar ejecutándose –ya sea por convenio de las partes, ya por imposición del juez ordinario- los bienes fideicomitidos deben volver al patrimonio del que salieron con el exclusivo fin de servir a la misión contractual cumplida, desistida o frustrada.

3. La regla general es que el cumplimiento y ejecución de la fiducia en los términos específicamente consagrados en el contrato procede una vez haya sido celebrada conforme a la ley; la excepción debe encontrarse en la ley o derivarse de modo inequívoco de sus previsiones.





Pero, tal como sucede con otras figuras jurídicas previstas para ser aplicadas en condiciones "normales" u "ordinarias", la situación concursal interfiere la relación jurídica de tal manera que la ejecución del contrato fiduciario debe ajustarse a los fines del concurso.

4. Por tanto, resulta de bulto que, ante la suspensión de pagos que comporta un proceso concursal, no puede el acreedor pretender el pago con la garantía concedida por el deudor con sus propios bienes –que dejaron de ser suyos precisamente para garantizar el pago que ahora queda suspendido-.

5. El pago hecho por la fiduciaria, aunque formalmente se haya hecho con patrimonio "ajeno al deudor" (por no poder decirse, sin incurrir en imprecisión, que con patrimonio de un tercero), en realidad se hizo: (i) por orden anticipada del deudor, (ii) para pagar obligaciones suyas, y (iii) con la prenda general de sus acreedores. Lo que equivale a decir que, tanto por el sujeto de quien emana la voluntad de pago, como por los medios con los cuales se paga, y el titular de las obligaciones pagadas, cuando paga la fiduciaria, paga el deudor.

6. Lo que determina que los bienes o su disposición queden involucrados en el proceso concursal no es la mala intención de los contratantes (para eso está la acción pauliana, por ejemplo) sino las normas que disponen que durante el concordato hay suspensión de pagos y en la liquidación éstos se hacen mediante un rito especial y por el liquidador, disposiciones de orden público que, por tanto, deben ser acatadas aún en contra de pacto "de buena fe" en sentido contrario.

7. Por tanto, no es una inferencia jurídica acertada el colocarse en el momento del concurso cuando, en virtud de la fiducia mercantil, los bienes ya no son del deudor, y concluir que, por ello, nada tienen éstos que ver con el proceso. No. La interpretación del encargo de pago que usualmente se pacta en los contratos de fiducia de garantía debe hacerse *ex-ante*, para concluir correctamente que dicho encargo debe entenderse "a menos que el deudor quede sujeto a un proceso concursal", salvedad que, como todas las que involucran el respeto a la ley vigente al momento de contratar, no requiere

expresarse en el contrato, porque se supone incorporada a él, a través de la norma imperativa, y en contra de la cual hubiera resultado ilegal pactar tanto tácita como expresamente.

Debe concluirse, entonces, que, aunque los bienes dados en garantía fiduciaria no pertenecen al deudor en concordato, puesto que salieron de su patrimonio para garantizar el pago de obligaciones cuya satisfacción se encuentra suspendida, el proceso de ejecución de las obligaciones así garantizadas, también se suspende mientras se tramita el concurso.

Si bien lo que prohibe expresamente la disposición es la realización de dichos actos **por parte del deudor**, este despacho considera haber dejado claramente establecido, a lo largo del presente proveído, que los pagos o arreglos sobre obligaciones del deudor, realizados por la fiduciaria por su cuenta pero en nombre de aquél, en desarrollo de un encargo mercantil de garantía, son en realidad actos del deudor, efectuados a través de la fiduciaria, en virtud de un encargo que no podía comportar, legalmente, la sustracción a las normas y principios del derecho concursal que modifican imperativamente las relaciones jurídicas establecidas contractualmente en el negocio celebrado. (Auto 410-7500 septiembre 25 1998)

## LOS ACREEDORES TITULARES DE CERTIFICADOS DE GARANTÍA SE ASIMILAN A PRENDARIOS O HIPOTECARIOS PARA LOS EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN Y GRADUACIÓN DE CRÉDITOS

La Superintendencia de Sociedades reconoce que los titulares de certificados de garantía gozan de un derecho personalísimo, esto es, exigible en los términos del contrato de fiducia, que les permite gozar de preferencia respecto de los acreedores del fideicomitente titulares de acreencias posteriores a la celebración del contrato, la cual recae sobre los bienes fidicomitidos y, en general, sobre el patrimonio autónomo, situación que implica semejanzas con





características propias de las garantías reales, pero que no lleva identificación en materia normativa.

Si bien es cierto no existe norma específica que clasifique la fiducia mercantil de garantías dentro del ámbito de las garantías reales, también es claro que la finalidad perseguida por el fideicomitente consiste en garantizar el cumplimiento de una obligación propia, generando a favor de los acreedores beneficiarios un derecho que los privilegia frente a los acreedores titulares de acreencias posteriores a la celebración del contrato fiduciario, privilegio éste que se concreta en el bien fideicomitido por el deudor común, y que, para los efectos legales del concurso, permite asimilarlas a las garantías reales de prenda o hipoteca, sin perjuicio clara está de las diferencias sustanciales que no se pierden en el caso de una simple asimilación para efectos concursales.

Sin desconocer que como ocurre en todo contrato, de la fiducia mercantil surgen obligaciones y derechos personales entre quienes son parte del mismo y de conformidad con lo pactado, el patrimonio autónomo que es consecuencia legal de su celebración, que se forma con los bines fideicomitidos, "para todos los efectos legales", como se establece en el artículo 1233 del Código de Comercio, está o queda "afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo". Dicha afectación de unos bienes determinados a una segunda y tercera clase, su prelación está subordinada a la atención de los créditos de primera clase.

En cuanto a los acreedores titulares de acreencias de grado distinto de la primera clase y posteriores a la celebración, del negocio fiduciario, es claro que su riesgo de pago ha sido asumido después de que el bien fidicomitido ha ingresado al patrimonio autónomo, situación que explica por sí sola la prelación de los acreedores beneficiarios.

Es de señalar que dicha prelación legal, sólo podrá ser reconocida siempre y cuando se paguen con cargo a los bienes fideicomitidos obligaciones de carácter concursal, bien sea que éstos se vendan por la sociedad fiducaria ó se reintegren a la masa, y que no se encuentren afectos al pago de obligaciones anteriores

–hipotecarias o prendarias - a la celebración del contrato de fiducia. En el caso materia de estudio, se tiene que los bienes fideicomitidos no se encontraban afectados prendaria o hipotecariamente al cumplimiento de obligaciones del deudor anteriores a la constitución del fideicomiso, pues de ser así, el privilegio recaería en primer lugar sobre tales acreencias y posteriormente sobre aquellas beneficiarias de la garantía fiduciaria.

Siendo de esta manera, para efectos de la calificación y graduación de los créditos presentados al concurso por parte de los acreedores beneficiarios de la fiducia de garantía, se considera que sus acreencias deben recibir un tratamiento similar al de los créditos de segunda o tercer clase, dependiendo de la naturaleza de los bienes que conforman el patrimonio autónomo, es decir, si se trata de bienes muebles se calificaría la garantía fiduciaria como de segunda clase y de inmuebles en tercera.

Es de advertir que el tratamiento de crédito de segunda o tercera clase, al igual que ocurre en las prendas e hipotecas, en ningún momento permite un tratamiento prevalente frente a las acreencias de primera clase, ni respecto a los gastos a que se refieren los artículos 161 y 197 de la Ley 222 de 1995; por consiguiente, en lo demás se aplica lo dispuesto en el artículo 1238 del Código de Comercio. (Auto 440-12389 septiembre 22 de 1999).





# FONDOS GANADEROS

## PREVALENCIA DEL ARTÍCULO 60 DE LA C. P. PARA LA ENAJENACIÓN DE ACCIONES EN LOS FONDOS GANADEROS

La enajenación de acciones se realiza a través de una negociación, finalizando esta con la cesión de los derechos que ellas involucran. La cesión de derechos puede ser a título oneroso o gratuito.

Precisado lo anterior, es necesario abordar algunos aspectos que tocan directamente con la enajenación de acciones y mas concretamente con la venta de las acciones de propiedad del Estado.

En principio las acciones son libremente negociables, según lo tiene definido la legislación comercial, la doctrina y la jurisprudencia. Sin embargo, esta libre negociabilidad puede por voluntad contractual o por norma especial soportar ciertas limitaciones.

Es así, como el artículo 60 inciso segundo de la Carta Política estableció que "Cuando el Estado enajene su participación en una empresa tomará todas las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria...", lo que significa que la norma constitucional le impuso al Estado la obligación de promover el acceso preferencial a la propiedad accionaria, de las personas mencionadas, disminuyendo así el rango a la libre negociabilidad de las acciones consagrada en el Código de Comercio, artículo 403, y en los Estatutos Sociales de las compañías en donde participa el estado, como en los del Fondo Ganadero.

Así mismo, el inciso 7º del artículo 3º de la Ley 132 de 1994, Estatuto Orgánico de los Fondos Ganaderos, prevé que "La venta de acciones clase A, se debe hacer por oferta en bolsa de valores, con el fin de hacerlas transparentes, públicas y democráticas.."

De la norma transcrita, se observa que estas no desarrollan el principio plasmado en nuestra Carta Fundamental, como es el acceso a la propiedad accionaria, facilitando la democratización de la misma, razón por la cual entratándose de la anajenación de las acciones de clase "A" debe darse aplicación al artículo 60 de la Constitución política, debido a la supremacia que esta tiene como norma de normas.

En cuanto al procedimiento a seguir con el fin de dar aplicación a tal principio y más concretamente sobre como se debe actuar con el fin de dar participación en la negociación de las acciones a los sectores favorecidos por la disposición constitucional, el pronunciamiento de la Corte Constitucional, en sentencia No. C-37/94 del 3 de febrero de 1994, da luces al respecto así "...las condiciones especiales, pueden consistir en la creación y otorgamiento de medios expeditos y favorables de financiamiento para la adquisición de acciones, el establecimiento de condiciones financieras ventajosas (plazos, precio y financiación especial), o cualquier otro incentivo que haga real el propósito del Constituyente de incorporar a los trabajadores en el dominio y manejo de la respectiva empresa" y más adelante agrega "...Cualquier fórmula que someta el desarrollo de la obligación consagrada en el inciso segundo del artículo 60 de la Carta a delimitaciones exactas e inmodificables, está desconociendo el contenido de la norma, lo mismo cuando se señala un 15% de participación en el paquete accionario, como cuando se conviene en un 51%, pues en cualquier caso la cifra resulta arbitraria, subjetiva, toda vez que no responde a necesidades deducidas de la situación concreta que presenta cada caso de democratización, sino a supuestos preestablecidos de manera discrecional."

Por lo anterior, el proceso de venta o de enajenación de las acciones de la Nación deberá surtirse a través de la bolsa de valores, siendo necesario en acatamiento de la disposición constitucional establecer condiciones especiales para que los trabajadores y demás agremiaciones solidarias puedan acceder a la compra de las mismas, y reglamentar las mencionadas condiciones especiales para facilitar su adquisición. Esto no significa que los demás accionistas del Fondo Ganadero (clase "A" y clase "B"), entre ellos





el Departamento no puedan participar en la transacción respectiva, conforme a las reglas de la bolsa de valores estatuídas para el caso, toda vez que la disposición constitucional lo que consagró fue la primera opción para suscribir a los mencionados grupos, a los cuales se les debe ofrecer en unas condiciones acordes con su estatus económico, más, si estos no agotan las acciones objeto de la transacción, estas pueden ser adquiridas por los accionistas o por terceros.

De otra parte, sobre si las acciones de la Nación podrían cederse a título gratuito al Departamento, se anota que el Código Civil en su artículo 1443 define la figura jurídica de la donación entre vivos como "un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta".

Así mismo la Constitución Política señala en su artículo 355 que "ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado", sin hacer referencia a las donaciones entre los entes estatales.

Es de recordar, que si bien en la actualidad las acciones que la Nación posee en el Fondo Ganadero, se encuentran en el Patrimonio de la Nación, como bien fiscal, y que al realizarse la donación de las mismas a favor del Departamento, estas, las acciones, pasarían a formar parte del patrimonio del Departamento, su valor permanece dentro del mismo circuito económico por el cual circulan los recursos Estatales.

En consecuencia, para que la Nación done al Departamento la participación accionaria que posee en el Fondo Ganadero del mismo Departamento, será necesario obtener las autorizaciones pertinentes de las autoridades que tienen capacidad para disponer de los bienes del Estado.

Finalmente, en cuanto a que si el Ministerio de Agricultura puede entregar al Departamento las acciones que posee en el Fondo Ganadero del mismo Departamento, otorgándole facultad para

venderlas, endosarlas o traspasarlas, se observa que de la enumeración de facultades que se quiere otorgar al Departamento con el objetivo de que éste administre la participación accionaria de la Nación, se deduce que estas se pueden materializar a través del contrato de mandato mercantil consagrado en el Código de Comercio en el artículo 1262 y que define así: "El mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar una o más actos de comercio por cuenta de otra".

Esta figura jurídica lo permite por cuanto el mandato es un contrato de cooperación o colaboración, por medio del cual una persona natural o jurídica encomienda a otra la celebración de uno o varios negocios que se encuentra en imposibilidad de celebrar o no quiere hacerlo directamente, como parece ocurrir en el caso planteado.

Así las cosas, el Departamento y la Nación- Ministerio podrán celebrar un contrato de mandato con representación con el fin de que el primero actué a nombre del segundo determinando exactamente los negocios o actos para los cuales se confiere el mandato.

Por último, no sobra anotar que en este evento la Nación, Ministerio, no se despoja de la propiedad de las acciones. (Oficio 320-55266 octubre 20 de 1995)





# FUSIÓN

## EL TÉRMINO PARA QUE SEA VIABLE LA FUSIÓN IMPROPIA, COMO MEDIDA PARA EVITAR LA LIQUIDACIÓN, SE CUENTA A PARTIR DE LA INSCRIPCIÓN DE LA DISOLUCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL

Se refiere el Despacho a la viabilidad de llevar a cabo una "fusión impropia" en una sociedad de responsabilidad limitada, respecto de la cual se presentó la causal de disolución contemplada en el artículo 370 del Código de Comercio, por haberse presentado pérdidas que redujeron su capital social por debajo del 50%.

La situación en particular, objeto de estudio hace relación a la oportunidad que para adelantar una fusión impropia establece el artículo 180 del Código de Comercio, teniendo en cuenta que en la hipótesis propuesta la causal de disolución que se presentó respecto de la sociedad en cuestión, se estructuró al cierre del ejercicio de 1997 el 31 de diciembre- y de conformidad con el artículo 220 ibidem, dicha sociedad tenía un plazo de 6 meses es decir hasta el 30 de junio de 1998 para enervar dicha causal de disolución. No obstante, por no haber llevado a cabo ninguna actuación que produjera ese efecto se hizo necesario a partir de esa fecha, declarar disuelta la sociedad por pérdidas.

Al respecto, es pertinente señalar que en oportunidades anteriores la Superintendencia se ha ocupado ya de analizar el mecanismo de la fusión impropia y su criterio sobre el particular se halla expuesto en el Memorando 100-188 del 25 de mayo de 1991, en los términos que aparece publicado en el Boletín Jurídico No. 008 del mismo año, cuyas partes pertinentes viene al caso transcribir previa alusión al contenido del citado artículo 180 que la consagra.

"Lo dispuesto en esta sección podrá aplicarse también al caso de la formación de una nueva sociedad para continuar los negocios

de una sociedad disuelta, siempre que no haya variaciones en el giro de sus actividades o negocios y que la operación se celebre dentro de los seis meses siguientes a la fecha de disolución".

Es así como considera esta entidad entre otros que "el artículo 180 señalado consagra un fenómeno jurídico distinto al que prevén los artículos 250 y 251, ya que aquel se ocupa de la fusión impropia, al paso que los dos siguientes tienen como objetivo regular como parte de la doctrina ha denominado la "institución" de la sociedad.

Se ocupa la Sección Segunda, 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 crear una nueva, con lo cual el legislador colombiano dio plena cabida al fenómeno que permite la unión o conjunción de dos sociedades en una sola...

Como una variante de este fenómeno aparece regulada en este acápite la llamada fusión impropia que frente al 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.

...

Ahora bien, el mencionado precepto legal establece como requisito 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.

...

De todo lo anterior puede afirmarse entonces, que mediante la fusión impropia una sociedad disuelta prescinde del proceso liquidatorio a que esta obligada y en su lugar se crea una nueva





sociedad que se hace cargo de sus obligaciones y adquiere sus bienes y derechos, previa al cumplimiento de sus requisitos especiales exigidos en el artículo 180 comentado.

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 habiéndose 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".

Como claramente se ha visto según lo anterior, la fusión impropia se caracteriza por los siguientes elementos; a) ocurre cuando la sociedad a pesar de encontrarse disuelta y en estado de liquidación, no ha comenzado o terminado de pagar el pasivo externo; b) la correspondiente determinación debe adoptarse dentro de los seis meses siguientes a la ocurrencia de la disolución respecto de terceros; c) la nueva sociedad que se crea adquiere no sólo el activo de la sociedad absorbida, sino también sus pasivos externo e interno; y d) la determinación de la asamblea o junta de socios debe adoptarse con la mayoría prevista en los estatutos para la fusión o en su defecto para la disolución anticipada.

Por consiguiente es claro entonces, que la fusión impropia no solo es procedente en el caso de sociedades disueltas, sino que es ese precisamente uno de los requisitos a que la misma está condicionada, como quiera que la finalidad última es permitir que habiéndose verificado ya la ocurrencia de una de las causales de disolución, la sociedad pueda acudir a ese mecanismo prescindiendo del proceso liquidatorio, de forma tal que en su lugar pueda continuar operando a través de un nuevo ente jurídico, siempre y cuando se trate de sociedades formalmente disueltas, esto es de sociedades respecto de las cuales se haya dado cumplimiento a las formalidades de solemnización e inscripción correspondientes, según la causal de donde provenga la disolución en los términos de los artículos 219 y 220 del Código de Comercio.

Ahora bien, en cuanto se refiere a la causal de disolución por pérdidas, que en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada establece el artículo 370 del Código citado, ha sido doctrina de la Superintendencia que el término de los seis meses que otorga la ley para evitar la disolución, se empieza a contar a partir de la fecha en la cual el máximo órgano social se ha reunido con el fin de estudiar y conocer la situación financiera de la sociedad y adoptar las medidas tendientes a garantizar el funcionamiento de la empresa.

Por tanto es importante precisar que si una vez conocida la situación que ubica a la compañía en la referida causal de disolución, el órgano social competente en ejercicio de la prerrogativa que le brinda la ley acuerda evitarla, adoptando para ese fin las determinaciones que a su juicio conduzcan al restablecimiento de la situación económica, la sociedad hasta entonces no se entenderá disuelta. Cosa diferente es que si al cabo de los seis meses, se determina que con las medidas adoptadas no se logran los resultados que efectivamente permitan enervar la causal, los asociados en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 220 del Código citado, declaren ahí sí disuelta la sociedad dando cumplimiento a las formalidades exigidas para las reformas del contrato, siendo ese el momento a partir del cual se entenderá que la sociedad se halla formalmente disuelta.

En ese orden de ideas, es dable colegir que en esas circunstancias, el término de los seis meses que establece el artículo 180 para que sea viable la fusión impropia, se comienza a contar desde la fecha en que quede inscrito en el registro mercantil el documento público que contenga la declaratoria de disolución, siempre que se cumplan los demás requisitos que al efecto consagra la ley. (Oficio 220-63765 octubre 7 de 1998).





## RECONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD DISUELTA

Se refiere el Despacho a la consulta formulada que dice relación con la disolución de una sociedad anónima, por ocurrencia de la causal consistente en que el 95% de las acciones quedaron en cabeza de un solo accionista, encontrándose vencido el término legal de 6 meses para subsanarla, y solicita un concepto para aplicar el artículo 250 del Código de Comercio para constituir una nueva sociedad, el traspaso de los activos y pasivos de la sociedad disuelta.

El citado artículo, se encuentra ubicado dentro del conjunto de normas que regulan la legislación del patrimonio social y 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 propiamente dicha consiste en 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 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 (se subraya)

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 a lo previsto en los artículos 99 y 110 numeral 4, del Estatuto Mercantil en el sentido que dentro del objeto deben contemplarse las actividades señaladas en la sociedad anterior.

Dentro de las características que conlleva la figura en cuestión, que podemos llamar "Reconstitución de sociedades", está la de que para prescindir de realizar la liquidación, conforme lo estipulado en los términos contemplados en los artículos anteriores al 250 del Código de Comercio, debe darse necesariamente la aprobación unánime de los asociados.

La característica anterior 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 los asociados, 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.

Otra característica es 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.

Con relación a la reconstitución de la sociedad, debe tenerse en cuenta que es una nueva persona jurídica y que para tomar tal medida, debe reunirse el máximo órgano social de la sociedad disuelta, conforme las normas legales y estatutarias pertinentes y adoptar tal decisión, como ya lo anotamos con la aprobación unánime de los asociados.

La escritura pública contentiva de la nueva sociedad debe elaborarse conforme lo dispuesto en el artículo 110 del Estatuto Mercantil, teniendo en cuenta que no ha de variarse el giro de las actividades o negocios de la sociedad disuelta.

Valga anotar que la nueva sociedad se crea con los bienes que estaban afectos a ser repartidos entre los socios de la compañía disuelta y la transferencia de la totalidad de los activos y pasivos de la sociedad, referido esto último al pasivo interno, debe llevarse a cabo en bloque sin que sea necesario entrar a discriminar uno a





uno los elementos que conforman el activo, transferencia que debe constar en la escritura pública de constitución de la nueva compañía.

En cuanto a la tradición de los activos fijos que puede recibir la sociedad, el artículo 251 ibídem, nos remite a las normas de la fusión, las cuales en el inciso 2 del artículo 178 de la obra citada, estipula: "La tradición de los inmuebles se hará por la misma escritura de fusión o por escritura separada registrada conforme a la ley". Es así como, el título para la tradición del inmueble es la escritura pública contentiva de la nueva sociedad, la cual debe registrarse tanto en el Registro Mercantil, como en la Oficina de Instrumentos Públicos del lugar de ubicación del inmueble o de los inmuebles respectivos. (Ofici0 220-2441 enero 27 de 1998)

## TRANSFERENCIA DE ACCIONES CON OCASIÓN DE UNA FUSIÓN Y DERECHO DE PREFERENCIA

Sobre el particular ha de señalarse, que para que la sociedad absorbida (Y) en razón del proceso de fusión que se proyecta con la sociedad absorbente (Z) pueda transferir las acciones que tiene en una sociedad (X), sociedad en la cual se encuentra pactado el derecho de preferencia en la enajenación, no se requiere dar cumplimiento a los requisitos previstos para este derecho, en atención a que la transferencia que se realiza por virtud de la fusión, no es una operación individualmente considerada, que pueda estar sujeta a los mecanismos que restringen la negociación en procura de que el socio mantenga estable su participación porcentual en el capital social, ora en razón del elemento intuitu personae, sino que es consecuencia de un acto jurídico de carácter universal que impone la transmisión de todos y cada uno de los derechos de los cuales es titular la sociedad absorbida.

En otras palabras, las acciones no pasan de la sociedad absorbida a la absorbente como un acto aislado que tiene como fin sustituirla únicamente en el derecho de dominio que ejerce sobre las acciones (operación esta que implicaría el cumplimiento de una serie de requisitos para posibilitar inversión semejante), sino que se trata de una transferencia en bloque de todos los activos y pasivos de la

sociedad absorbida a la absorbente, quien la sustituye en todas las relaciones jurídicas de que es titular, lo cual resulta elemental si se toma en cuenta que aquella sociedad con ocasión de la fusión desaparece.

Admitir la posición contraria, implicaría la introducción de requisitos y exigencias a los procesos de fusión que jamás fueron previstos por la ley, más aún cuando los terceros, en este caso los demás accionistas de la sociedad X, en la cual participa la sociedad absorbida (Y), no están llamados a participar en la decisión de fusión, pues de acuerdo con la ley son las sociedades que intervienen en la fusión, por conducto de sus máximos órganos sociales quienes determinan las condiciones y términos de la fusión.

Reiterando lo expresado, la fusión ha de desarrollarse en los términos del contrato debidamente aprobado por las partes involucradas, sin que para su ejecución se requiera la intervención de personas ajenas al compromiso. (Oficio 220- 43828 julio 30 de 1998)





# GRUPO EMPRESARIAL - MATRICES Y SUBORDINADAS

## LOS SUPUESTOS DE SUBORDINACIÓN

## I. NO SON TAXATIVOS.

Existen circunstancias distintas de las señaladas en el artículo 261 del Código de Comercio, bajo las cuales una entidad sea subordinada de otra?

A este respecto el Despacho considera que el artículo 260 del Código de Comercio modificado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995, ha determinado las circunstancias que permiten establecer la existencia de la situación de control. La referida norma expresa:

"Art. 260.- Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria."

De esta manera la ley ha señalado que el hecho de tener el poder de decisión de una sociedad sometido a la voluntad de otra u otras personas es el que determina la existencia de la situación de control o subordinación. Siempre que una sociedad se encuentre enmarcada en esta situación se predicará de ella el carácter de subordinada o controlada, y aquella persona que determine su poder de decisión será considerada como la matriz o controlante.

Las circunstancias señaladas en el artículo 261 modificado por el artículo 27 de la Ley 22 de 1995, corresponden a supuestos de hecho en los cuales la ley ha presumido la existencia de una situación de subordinación, lo cual supone el sometimiento del poder de decisión de la subordinada a la voluntad de su matriz o controlante.

Sin embargo tal presunción legal podrá ser desvirtuada al acreditar que no se verifica en realidad la circunstancia señalada en el artículo 260 del Código de Comercio y que la sociedad en la realidad, a pesar de que se configuren los supuestos del artículo 261 del Código, no resulta subordinada o controlada.

De igual forma pueden existir diversidad de circunstancias de hecho que establecen la subordinación de cualquier sociedad por estar sometido su poder de decisión a la voluntad de otra u otras personas, y que dichas circunstancias determinantes del control no se configuren en los supuestos legales descritos en el artículo 261 del Código de Comercio. En tales eventos también existirá la subordinación de una sociedad a su matriz o controlante, y por lo tanto en los términos señalados por la ley mercantil, existirá una situación de control o subordinación con todos su efectos, privilegios y obligaciones.

Considera la Superintendencia que el legislador al relacionar en el artículo 261 del Código de Comercio algunas circunstancias determinantes de la subordinación, no estaba más que mencionando los eventos en los cuales se presume la existencia del control descrito en el artículo 260. Pero ello no excluye otras circunstancias donde se encuentre que el poder de decisión de una sociedad está sometido a la voluntad de su matriz o controlante y corresponderá a las partes verificar la existencia de tal control y declararlo, sin que en tales eventos se presuma la subordinación. Pero en todo caso podrá acreditarse ante la autoridad administrativa competente, de oficio o a solicitud de cualquier interesado la existencia de la situación de control de tal forma que se determine si procede declarar la situación de control u ordenar su inscripción en el registro mercantil.

En todo caso la conformación y existencia de los vínculos de subordinación entre las empresas, y su regulación no es sino la expresión más notable del moderno desarrollo de la actividad empresarial, bajo un modelo que busca aprovechar y desencadenar las energías vitales que subyacen en la comunidad empresarial con la utilización eficaz de los recursos bajo mecanismos de coordinación y solidaridad.





Esta resulta ser por otra parte, una de las manifestaciones de la auténtica competencia económica, donde la idoneidad y la ética, unidas con el trabajo y la acción coordinada de la comunidad empresarial, buscan aprovechar las poderosas fuerzas suscritas en sus operaciones económicas; esta coordinación congrega a las empresas hacia la construcción de un ambiente económico con progreso creciente con seguridad, transparencia y estabilidad. (Oficio 220-15430 abril 13 1998).

## II. PUEDE CONFIGURARSE LA SITUACIÓN DE CONTROL SIN QUE LA MATRIZ O CONTROLANTE PARTICIPE EN EL CAPITAL DE LA SUBORDINADA –CONSOLIDACIÓN DE ESTADOS FINANCIEROS-UTILIDADES

Nuestra legislación mercantil incorpora en el concepto del control la posibilidad de que una sociedad tenga su poder de decisión sometido a la voluntad de otra u otras personas que se consideran como la matriz o controlante. Igualmente se admiten diversas circunstancias en las cuales se presume la existencia de tal situación de control así, de manera general, considera la posibilidad de que bien sea por la participación mayoritaria en el capital con capacidad de voto o por su ejercicio correspondiente, se determine e imponga la dirección del poder decisorio de la subordinada.

Pero también se considera la posibilidad de configurar el control por el ejercicio de los derechos de voto en los órganos de la sociedad, sin que para tal efecto se requiera tener participación en el capital de la subordinada. Tal es el caso del acreedor prendario a quien se le han conferido los derechos de voto inherentes a la calidad de accionista mediante estipulación o pacto expreso. (Art. 411 C. de Co.), respecto de las acciones pignoradas, quien sin tener participación en el capital de la sociedad está facultado para ejercer los derechos de voto correspondientes y de esta manera poder llegar a imponer y someter a su control la sociedad subordinada. Esta circunstancia, que determina el ejercicio del

control interno societario sin participación está contemplada en el supuesto descrito en el numeral 2 del artículo 161 del Código de Comercio.

También es posible que se verifique el denominado control externo societario sin participación, como ocurre en el caso del ejercicio de influencia dominante en las decisiones o en los órganos de administración de la sociedad, por virtud de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios. Estos eventos están contemplados en el supuesto contenido en el numeral 3 del artículo 261 del Código de Comercio. En este caso el control no exige la participación en el capital de la subordinada, puesto que el control o subordinación resulta más bien por ejercicio de la influencia dominante en los órganos de la sociedad.

De esta manera siempre que una entidad matriz o controlante someta a su voluntad el poder de decisión de una sociedad, habrá subordinación, de conformidad con lo dispuesto por el Código de Comercio, sin que la participación en el capital sea el único determinante del control y por el contrario se admite por la ley que cualquier forma de determinación que someta a una sociedad al control de otra u otras personas, en los términos señalados en las disposiciones mercantiles, impone en cabeza de la persona que tiene y ejerce tal poder, el carácter de matriz o controlante.

El artículo 35 de la Ley 222 de 1995 ordena a las entidades matrices o controlantes preparar y difundir al cierre de cada ejercicio estados financieros consolidados. En igual sentido, el artículo 45 de la Ley 190 de 1995 señala que "[...] Habrá obligación de consolidar los estados financieros por parte de los entes bajo control. [...]"

**Debe una entidad matriz consolidar sus estados financieros con los de su subordinada AUNQUE la matriz NO participe en el capital de la subordinada?**

**De acuerdo con lo arriba expresado el control o subordinación puede ser ejercido por otra u otras personas aún cuando no se tenga participación en el capital tal como lo señala nuestra ley mercantil.**





Las normas que obligan a preparar y difundir estados financieros consolidados, establecen como sujetos obligados a consolidar a las matrices o controlantes, sea que el control provenga por la participación en el capital o por cualesquiera de las circunstancias que determina la existencia de la situación de control o grupo empresarial.

De donde se concluye que todas las entidades matrices o controlantes que se configuren en una situación de control o grupo empresarial, incluso sin tener participación en el capital, y cuyos vinculados estén obligados a llevar contabilidad en Colombia, deben consolidar sus estados financieros para presentarlos a consideración de sus órganos competentes para su aprobación.

El artículo 35 de la Ley 222 de 1995 ordena que las inversiones en subordinadas se contabilicen en los libros de la matriz o controlante por el método de participación patrimonial. Según la circular conjunta 009 (Superintendencia de Sociedad), 013 (Superintendencia de Valores) de 1996, al aplicar el método de participación patrimonial, [...] de los resultados del ejercicio se deben excluir las utilidades o pérdidas originadas por operaciones entre subordinadas y matriz o controlante. [...]".

**Se excluyen únicamente las utilidades obtenidas por las subordinadas?**

Tal como lo dispone el numeral 6° de la circular conjunta mencionada, en la aplicación del método de participación patrimonial se excluyen de los resultados obtenidos en el respectivo ejercicio por la subordinada, las utilidades o pérdidas obtenidas en las operaciones realizadas entre subordinada y matriz, que aún no hayan sido realizadas por ésta a través de ventas a terceros.

**Como queda expuesto, la circular externa contempla esta situación de manera general, obligando a las subordinadas a realizar la depuración de sus resultados para efectos de la aplicación del método. (Oficio 220-15430 de abril 13 de 1998).**

## III. DESVIRTUAMIENTO DE LA PRESUNCIÓN LEGAL DE LA SITUACIÓN DE CONTROL, SUBORDINACIÓN Y MAYORÍAS DECISORIAS

La participación mayoritaria de un socio superior al cincuenta por ciento (50%) en el capital de una sociedad determina la existencia de uno de los presupuestos del control, señalado en la ley mercantil, de los cuales se presume la existencia de una situación de control sobre la sociedad. Sin embargo, dicho presunción legal puede ser desvirtuada en el evento que se acredite, que no obstante la existencia de uno o varios de tales presupuestos legales de hecho, la situación particular de la sociedad de acuerdo con las estipulaciones estatutarias y la existencia de causas legales o de hecho, determinan que el poder de decisión de una sociedad no se encuentra sometida a la voluntad de otra persona, y que por el contrario la vuluntad societaria se determina por el concurso de voluntades mayoritarias que orientan y deciden acerca del desempeño y desarrollo del objeto social, obedeciendo solamente al desarrollo autónomo del objeto social. En tales casos no habrá situación de control sobre sociedades.

La existencia de una situación de control en una sociedad exige, en los términos del artículo 260 del Código de Comercio, el sometimiento actual de su poder de decisión, a la voluntad de otra persona que será la matriz o controlante. De tal manera que si el control no es íntegro o se encuentra limitado y no se exterioriza, mediante el ejercicio general y efectos de las dificultades reconocidas por la ley o contrato, el accionista mayoritario no puede ser considerado como matriz o controlante.

El artículo 438 del Código de Comercio, dejando a salvo disposiciones estatutarias, deposita en la junta directiva de la sociedad anónima suficientes facultades 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".**





Para la determinación de las decisiones de la sociedad, a través del órgano de la junta directiva, la ley mercantil exige que se encuentre presente y vote la mayoría de sus miembros (Art. 437 C. Co.).

Tratando las formas de agrupamiento de empresas, la doctrina argentina ha señalado como el elemento unificador del grupo de subordinación el control. El profesor RAÚL ANIBAL ETCHEVERRY en su obra sobre FORMAS JURÍDICAS DE LA ORGANIZACIÓN DE LA EMPRESA, expone que **"la subordinación implica que la empresa principal pueda formar la voluntad de la empresa subordinada. Esto se obtiene mediante el mecanismo del control que no siempre representa un significado legal unívoco (...) En las sociedades, se observa claramente que el control se ejerce con el mecanismo de la mayoría, aunque existen otros modos de obtenerlo y asegurarlo.**

Sobre el mismo tema advierte el autor español LUIS CAMILO ALVAREZ QUELQUEJEU, que la manifestación más frecuente de los vínculos de subordinación de la naturaleza real, **"consiste en la posesión de acciones de varias sociedades anónimas por parte de una misma persona física o jurídica, que por este medio asegura la mayoría de los votos en los órganos de cada una de las dichas sociedades e impone su criterio en la formación de la voluntad social, lográndose fácilmente la coordinación de las actuaciones de las diversas sociedades controladas".**

**La voluntad de la sociedad se exterioriza a través de las decisiones de sus órganos y el control o subordinación se verifica cuando la matriz o controlante determina con la mayoría de sus votos en los órganos correspondientes la formación de las decisiones.** (Res. 125-1361 julio 31 de 1998).

# CONCEPTO DE "UNIDAD DE PROPÓSITO Y DIRECCIÓN"

## I. EVENTOS EN QUE SE CONFIGURA.

El artículo 28 de la Ley 222/95 prescribe que "habrá grupo empresarial cuando además de vinculo de subordinación exista entre las entidades unidad de propósito y dirección. Si bien el inciso 2º señala en qué casos se entiende que existe tal unidad de propósito y dirección, los términos utilizados son amplios. Resultaría absurdo, por ejemplo que la sola pretensión de una sociedad matriz de que todas las compañías subordinadas sean rentables, que alcancen el liderazgo en las áreas en las que se desenvuelvan, y que desarrollen sus objetos regidos por parámetros de legalidad y honestidad, configuren la unidad propósito exigida por la norma precitada.

**Sería conveniente entonces, ya sea precisar mayormente los términos utilizados, o por vía de ejemplo señalar los eventos en que se configuren la UNIDAD DE PROPÓSITO Y DIRECCIÓN.**

A fin de efectuar un análisis adecuado sobre el tema, estima necesario el Despacho remitirse al artículo 28 de la Ley 222 de 1995.

De conformidad con la citada disposición, para que se configure el grupo empresarial se requiere:

a. Existencia de un vínculo de subordinación, el cual es descrito en los artículos 26 y 27 de la ley 222, artículos 260 y 261 del Código de Comercio.
b. Que exista entre las entidades unidad de propósito y dirección.

En relación con este requisito, sea la primero señalar que el mismo no puede limitarse única y exclusivamente a unas hipótesis cerradas definidas previamente por el legislador, por cuanto obedecen a fenómenos de carácter económico y como tal variables, razón por





la cual la descripción prevista en la norma de "perseguir la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante", como respuesta a la noción de "unidad de propósito y dirección", es lo suficientemente amplia, lo que permite abarcar las diferentes hipótesis que puede presentarse en la realidad empresarial.

En este aspecto la ley especifica los supuestos del grupo empresarial ampliando el criterio propio del control o subordinación, y exige en forma adicional, que independientemente del desarrollo individual del objeto social por cada una de las compañías, se configure una marcada injerencia o intervención de la matriz o controlante en procura de la obtención de un beneficio general o exclusivo del grupo entendido como un todo. Por el simple hecho de que la matriz persiga que sus subordinadas sean rentables, salvo que dicho objetivo se encuentre acompañado de una injerencia de aquella en cuanto a la disposición planificada y sistemática de objetivos determinados, es que han de ejecutarse por los sujetos que conforman el grupo, al tiempo que deben someterse a su evaluación y control directo o indirecto.

Para complementar el análisis de la norma consultada resulta conveniente también acudir a uno los métodos de interpretación de la ley establecido por el Código Civil, el cual en su artículo 28 establece que: "las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas.." por lo cual, acudiremos a las definiciones que sobre las expresiones "unidad", "de propósito" y "dirección" brinda el diccionario de la legua española editado por la Real Academia Española:
"Unidad. Propiedad de todo ser, en virtud de la cual no puede dividirse sin que su esencia se destruya o se altera. Unión o conformidad.

Propósito, Ánimo o intención de hacer o no hacer un a cosa. Objeto, mira Materia de que se trata o en que se está entendiendo.

"Dirección. Acción y efecto de dirigir o dirigirse. Camino o rumbo que un cuerpo sigue en su momento. Conjunto de personas encargadas de dirigir una sociedad, establecimiento, explotación, etc."

De lo indicado por el alcance gramatical de las palabras en la expresión de la ley, puede deducirse que la unidad de propósito y la unidad de dirección hacen referencia a las cualidades que se predican de las entidades, en cuanto a la relación de interdependencia que las caracteriza como grupo empresarial. Esta integración de las relaciones en el grupo empresarial, es amplia por la misma expresión de la ley y señala claramente su intención. Su propósito es permitir a las realidades empresariales, que participan en la actividad económica ejecutada por los sujetos de derecho, asumir la multiplicidad de formas que se considere convenientes, partiendo de un elemento integrador, cual es la realización de objetivos determinados que los comprometen en un sentido o finalidad de acuerdo al supuesto legal.

En forma análoga pero tratando un tema diferente, esta Entidad ha expresado los criterios para la determinación del alcance conceptual de la subordinación, los cuales guardan relación específica con el tema que se trata en el presente concepto y resulta conveniente reiterarlos.

"Pretender hacer una enumeración taxativa con el objeto de determinar las innumerables formas mediante las cuales se puede conseguir el control económico, financiero o administrativo es una tarea innecesaria y esencialmente mutable y dependiente de circunstancias y conveniencias no susceptibles de señalar a priori. Por eso el Código de Comercio, en su artículo 261 como simple enunciación, menciona algunas alternativas. (...).
"Formas sutiles de "control económico" se pueden presentar en la medida en que los intereses económico surgidos entre varias (al menos dos) unidades , produzcan una vinculación del tal grado que el cabal proceso productivo de una se encuentre condicionado a alguna decisión de otros (suministro de materias primas, dependencia tecnológica, canales de distribución. etc...).

(...) Por último, las precisiones anteriores no permiten, como sería lo ideal, una generalización tal que fije reglas mediante las cuales se determina objetivamente la presencia de vinculación o subordinación entre varias unidades. Cada caso individual implica su estudio y análisis particular basado, claro está, en las





definiciones conceptuales establecidas en los párrafos anteriores". (Oficio OA/ 18184 septiembre 10 de 1980).

De conformidad con lo expresado, se puede afirmar que se presenta unidad de propósito, cuando la relación de las entidades involucradas a través de la subordinación, presenta una finalidad, que es comunicada por la entidad controlante y asumida por las controladas, encaminada a la ejecución de un fin o designio que se asume en beneficio del grupo sin perjuicio de la actividad de los sujetos que lo componen.

Con relación a la unidad de dirección, la misma se configuraría en múltiples maneras, primando siempre en todo caso la atribución de la controlante de intervenir activamente en forma directa o indirecta en la toma de decisiones que afectan a los sujetos subordinados integrados en el grupo, para la ejecución de los designios definidos por la misma, lo cual incluye entre otras, las estrategias de políticas, planes y orientaciones económicas, administrativas o financieras, pertinentes a fin de que sus integrantes la pongan en marcha y con su desarrollo se logre el objetivo previsto.

En este orden de ideas, existe unidad de dirección cuando las empresas que conforman el grupo están dominadas o subordinadas a la expresión del poder de la controlante que tiene la facultad de decisión y, ello con el propósito de que todas actúen no solo bajo la misma dirección, como es lógico, sino bajo los mismos parámetros sean ellos explícitos o no.

Será el estudio de las condiciones y las relaciones que se verifican entre los sujetos en cada caso en particular, el que determinará la existencia del grupo empresarial. En el evento de presentarse discrepancia en cuanto a los supuestos del grupo empresarial, será la respectiva autoridad administrativa competente, quien lo definirá, de oficio o a petición de los interesados efectuando el análisis particular de cada caso. (artículo 30 inciso 2 Ley 222/95).

Adicionalmente, se considera que cuando el referido artículo 30 de la ley 222 de 1995, dice que el documento respectivo "deberá

presentarse para su inscripción en el registro correspondiente a la circunscripción de cada uno de los vinculados", no quiso significar nada diferente a que la inscripción en el registro mercantil deberá efectuarse en la Cámara de Comercio del domicilio de la matriz o controlante y de cada una de sus subordinadas en el territorio nacional.

Finalmente, podemos indicar que la expresión "vinculación", de los artículos 30 y 31 de la Ley 222/95,, corresponde a un concepto genérico que comprende tanto las relaciones de subordinación que pueden existir entre las entidades, como los casos de vinculación económica, sea por participación, o cualquiera otra causa que la determine. (Oficio 100-64011 noviembre 26 de 1997).

## II. LA CAPACIDAD DE LOS INTEGRANTES DE UN GRUPO EMPRESARIAL SE DETERMINA INDIVIDUALMENTE

¿Una sociedad perteneciente a un grupo empresarial formalmente declarado e inscrito en el registro mercantil puede o no desarrollar actividades en beneficio de otra u otras entidades del mismo grupo, o de su matriz, sin que con ello se vulneren las limitaciones propias del objeto social de la capacidad jurídica de las sociedades, las cuales están establecidas en el Código de Comercio, particularmente en los artículos 110 y 99 de dicho ordenamiento?

¿Es viable jurídicamente que una sociedad perteneciente a un grupo empresarial, celebre negocios en beneficio de terceros en desarrollo de las políticas y directrices de grupo fijadas por la entidad matriz?

¿Las operaciones descritas en los numerales anteriores serían susceptibles de impugnación por parte de algunos administradores o de los revisores fiscales o de los socios ausentes y disidentes, bien por considerarse que tales operaciones atentan contra la ley o los estatutos, o bien por considerarse que dichas actuaciones, al no estar beneficiando a todos los asociados, no reúnen las





condiciones para considerarse decisiones de carácter general en los términos del artículo 188 del Código de Comercio?

¿Las operaciones antes referidas podrían eventualmente ser generadoras de responsabilidades para la entidad matriz o controlante, para sus administradores y/o para los administradores de la respectiva filial?

Al respecto conviene efectuar las siguientes consideraciones:

### 1- LA DOCTRINA DE LA ESPECIALIDAD Y LOS GRUPOS EMPRESARIALES:

El artículo 99 del Código de Comercio consagra la denominada "Doctrina de la Especialidad":

"ARTÍCULO 99. 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."

Según la norma transcrita, las sociedades están facultadas legalmente para realizar tres clases de actividades:

1º. Las previstas en su objeto o empresa social.

2º. Aquellas que tengan una relación de medio a fin con la empresa social, es decir, que aunque no estén escritas, tengan una conexión directa con aquéllas.

3º. Las que tampoco estén escritas, ni tengan relación directa con su actividad social, pero que sean necesarias para ejercer los derechos o cumplir con las obligaciones legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad.

Por otra parte, la Ley 222 de 1995 consagra un nuevo régimen de matrices y subordinadas, dentro del cual aparece el concepto de *Grupo Empresarial* (art. 28), el cual se configura cuando además de la subordinación existe entre los vinculados *unidad de propósito y dirección*.

De conformidad con los artículos 260 y 261 del Estatuto Mercantil, los sujetos vinculados en situación de control o grupo empresarial conservan su individualidad, es decir, mantienen sus atributos y obligaciones propias. Los supuestos de control establecidos en estas normas, suponen una o varias personas controlantes y una o varias sociedades comerciales controladas, de tal manera que en los dos extremos de la relación de control se ubican sujetos con posibilidad de adquirir derechos y de contraer obligaciones en forma independiente.

**El artículo 28 de la Ley 222 de 1995, determina que "se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ella".**

**Del concepto de unidad de propósito y dirección, no puede concluirse que el objeto de cada una de las sociedades vinculadas se *amplía*, a la búsqueda de los propósitos del grupo, pues lo que ocurre según la ley, es que dicho objeto se *orienta* de acuerdo con las directrices trazadas por la matriz o controlante, quien debe considerar en sus decisiones las limitaciones propias de la capacidad de las sociedades subordinadas. Cada sociedad colabora con los propósitos del grupo en la medida de sus posibilidades, lo que no desnaturaliza el régimen de grupos empresariales, puesto que el mismo se fundamenta en la conservación de la personalidad jurídica de los vinculados y se da sin perjuicio del objeto social de cada empresa, expresión que no significa ampliación del objeto, sino la posibilidad de que en un mismo grupo se encuentren vinculadas sociedades con objetos**





**sociales diferentes, los cuales, en virtud de la ley, siguen determinando la capacidad de cada una de ellas.**

De lo expresado por esta Superintendencia en la Circular 30 de 1997, tampoco puede interpretarse que las normas sobre grupos empresariales modifiquen el régimen legal de la capacidad de las sociedades. La expresión "...Se presenta unidad de propósito cuando la relación de las entidades involucradas a través de la subordinación presenta una finalidad, que es comunicada por la entidad controlante y asumida por las controladas, encaminada a la ejecución de un fin o designio que se asume en beneficio del grupo, sin perjuicio de la actividad correspondiente de los sujetos que lo componen....", implica que las sociedades subordinadas *asumen* las orientaciones de la matriz dentro de sus limitaciones propias. Por otra parte, cuando en la citada circular se manifiesta que "...existe unidad de dirección cuando las empresas que conforman el grupo están dominadas o subordinadas a la expresión del poder de la controlante, que tiene la facultad de decisión, y ello con el propósito de que todas actúen no sólo bajo la misma dirección, como es lógico, sino bajo los mimos parámetros, sean ellos explícitos o no....", la Superintendencia con claridad se está refiriendo a que los parámetros comunicados por la matriz pueden ser o no explícitos, lo cual no hace relación al objeto de las sociedades subordinadas, y mal podría hacerlo, puesto que el texto de la ley no incluye ese alcance.

## 2- ES VIABLE LA CELEBRACIÓN DE NEGOCIOS (DONACIÓN) EN BENEFICIO DE TERCEROS POR PARTE DE SOCIEDADES VINCULADAS EN UN GRUPO EMPRESARIAL

En la legislación colombiana aparece contemplada la posibilidad de realizar contratos en beneficio de terceros, de manera especial en el artículo 1506 del Código Civil, bajo cuyo amparo pueden las sociedades perfeccionar este tipo de actos jurídicos. No obstante, dada la naturaleza particular de estas personas jurídicas, para cada contrato, además de los requisitos propios, es preciso que las sociedades estipulantes tengan en cuenta los siguientes criterios:

El acto jurídico debe estar comprendido dentro de su objeto social, en los términos del artículo 99 del Código de Comercio.

El contrato no debe generar perjuicios para las sociedades vinculadas, en el sentido de que se deteriore o se ponga en peligro la prenda común de los acreedores, pues de lo contrario los administradores, socios y controlantes pueden asumir responsabilidades de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 24, 25, 148 (parágrafo) y 207, de la Ley 222 de 1995.

No debe existir conflicto de intereses entre las sociedades estipulantes y los beneficiarios, y deben respetarse las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

En relación con el texto del artículo 29 de la Ley 222 de 1995, este Despacho encuentra que en el citado artículo simplemente se establece que en el informe especial cuya presentación corresponde a los administradores de las sociedades vinculadas en situación de grupo empresarial, deben señalarse las operaciones concluídas entre la entidad controlada y otras entidades en interés de la controlante y las concluidas por ésta con otras entidades en interés de la controlada, puesto que se trata de hipótesis que de ocurrir interesarían a los socios de las diferentes sociedades involucradas en el grupo. Si bien no se amplía el objeto de las sociedades, se contemplan los referidos contratos en beneficio de terceros.

Conviene señalar lo manifestado por esta Superintendencia a propósito del tema de las donaciones efectuadas por sociedades comerciales:

"De otra parte, dice usted refiriéndose a lo prescrito en el artículo 98 del Código de Comercio, que si fuera tan cierto el que el ánimo de lucro fuese inherente al contrato social, "cabría sostener que de la interpretación de las normas citadas debería concluirse que no es posible incluir en el objeto social, ni en cualquier otro aparte de los estatutos de la sociedad, la autorización para donar en la medida en que este acto, salvo tal vez con excepción de las donaciones





remuneratorias, siempre conducen al empobrecimiento del donante".

**Sobre ese particular, es preciso advertir que si bien el fin de una sociedad es el ánimo de lucro, el hecho de hacer donaciones, no desvirtúa el significado de empresa comercial, ya que una donación, al contrario de lo que pareciera, puede surtir efectos positivos de carácter económico a favor de la sociedad; así por ejemplo, si una empresa comercial tiene algunos muebles obsoletos que le generen únicamente gastos, el hecho mismo de donarlos a uno de los establecimientos relacionados en el artículo 126-2 del Régimen del Impuesto a la Renta y Complementarios, le va a significar un alivio tributario, evento en el cual sí podríamos afirmar que actuación semejante tiene una relación de medio a fin con el objeto de la empresa.**" (Oficio 125-2831 enero 22 de 1999).

## LAS EMPRESAS UNIPERSONALES O PERSONAS JURÍDICAS DE NATURALEZA NO SOCIETARIA PUEDEN EJERCER EL CONTROL SOBRE SOCIEDADES COMERCIALES

1. ¿Para que exista un grupo empresarial el controlante tiene que ser comerciante, esto es, o una persona natural con dicha calidad, o una sociedad comercial o una empresa unipersonal?

2. ¿La situación de control que existe respecto de una empresa unipersonal, controlada totalmente por el empresario propietario de las cuotas en que se divide el capital de ésta, requiere de una inscripción en el registro mercantil, en los términos del artículo 30 de la Ley 222 de 1995, adicional y distinta de la que corresponda a la inscripción de su constitución o a la cesión a una sola persona de la totalidad de las cuotas en que se divide su capital?

**Calidad de controlante en las situaciones de control y de grupo empresarial**

El artículo 26 de la Ley 222 de 1995, que modificó el artículo 260 del Código de Comercio, preceptúa que "*Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentra sometido a la voluntad de otra u otras personas que será su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se denominará subsidiaria*".

Como lo ha expresado esta Superintendencia en recientes pronunciamientos, el gran cambio o giro fundamental de la reforma frente a la legislación del Código de Comercio de 1971, es el reconocimiento para efectos jurídicos, del hecho de que una persona natural o persona jurídica de naturaleza no societaria, pueda ejercer el control sobre las sociedades comerciales. **El controlante, entonces, puede ser una persona jurídica de naturaleza no societaria, como una fundación, una asociación y en particular una corporación. La ley societaria no efectuó distinciones de ningún tipo en relación con los sujetos controlantes, pues por el contrario, una de las reformas estelares en esta materia por parte de la Ley 222 de 1995, es la ampliación de la cobertura acerca de los sujetos que pueden tener la condición de matriz o controlante.**

Sobre el particular el parágrafo 1° del artículo 27 de la ley 222 de 1995 señala:

***"Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de Entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la Entidad."***

De esta manera, de acuerdo con la ley, es perfectamente posible que una persona jurídica de naturaleza no societaria participe en la





conformación y operación de sociedades y empresas de grupo, conformando situaciones de control o grupo mediante el control sobre las sociedades comerciales.

**Inscripción de la situación de control de la empresa unipersonal**

Teniendo en cuenta que de conformidad con la Ley 222 de 1995 la empresa unipersonal de responsabilidad limitada se constituye con la inscripción en el registro mercantil del documento privado, indicado en el artículo 72 de la ley y la naturaleza de esta nueva forma de organización empresarial, en la que una sola persona es titular del 100% de las cuotas en que se divide el capital social, es posible aceptar que con dicho documento también se verifican los requisitos exigidos de acuerdo con las previsiones del artículo 30 de la citada ley, lo mismo que con la inscripción de la situación de control consagrada en los artículos 260 y 261 del Estatuto Mercantil.

No obstante si la empresa unipersonal se configura dentro de una situación de grupo empresarial, tal como lo señala el articulo 28 de la Ley 222 de 1995 deberá indicarse esta circunstancia en el documento de constitución o en uno adicional, de acuerdo con los requisitos establecidos en el artículo 30 de la norma citada. Deberá procederse de la misma manera, en los casos en que se presente cualquiera de los supuestos señalados en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, siempre que el control no sea ejercido por el titular de las cuotas de capital.

**El grupo empresarial configurado en personas jurídicas no mercantiles**

Con respecto a las personas jurídicas no mercantiles se observa que además de presentarse los supuestos que determinan una situación de control entre dichos sujetos en los términos de la ley, puede también presentarse "unidad de propósito y dirección", por lo cual se configuran como grupo empresarial. La circunstancia de ser la controlante una corporación, como persona jurídica de naturaleza no societaria, no la exonera de las obligaciones señaladas en la Ley 222 de 1995 para las personas que ejercen el

control de las empresas y configuran grupos empresariales. En lo que se refiere a las empresas unipersonales vinculadas, si bien por el documento de constitución inscrito en el registro mercantil, se cumple con lo establecido en el artículo 30 de ley, en cuanto se declara la subordinación de la matriz o controlante que ejerce control directo, debe procederse adicionalmente a inscribir la condición de grupo empresarial señalando cada uno de los vinculados. Toda modificación de la situación de control o de grupo deberá inscribirse igualmente, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 2 de la norma referida. (Oficio 125-56352 septiembre 17 de 1998).

## LA MATRIZ O CONTROLANTE EXTRANJERA DEBE REGISTRAR EN CÁMARA DE COMERCIO LA SITUACIÓN DE CONTROL O GRUPO EMPRESARIAL, PERO LA ELABORACIÓN Y PREPARACIÓN DE LOS ESTADOS FINANCIEROS CONSOLIDADOS CORRESPONDE A LAS SUBORDINADAS EN COLOMBIA.

En relación con las matrices extranjeras de sociedades colombianas es preciso determinar:

- ¿Cómo es el proceso de consolidación de los estados financieros?
- ¿Qué compañía debería consolidar?
- ¿A quién corresponde la aprobación de los estados financieros consolidados?
- ¿A quién le corresponde la preparación y aprobación del informe de gestión, si éste es requerido?"

Para resolver los asuntos consultados, es necesario hacer las siguientes precisiones:





1. En el artículo 30 de la Ley 222 de 1995 se establece la obligación a cargo de la matriz de efectuar la inscripción en el registro mercantil de la situación de control o grupo empresarial, sin distinguir entre sujetos controlantes nacionales y extranjeros; y ello en atención a que toda persona, nacional o extranjera, que en Colombia realice actos o negocios jurídicos en forma permanente o no, está sometida al imperio de la ley local en cuanto a los efectos de los mismos; en ese sentido en el artículo 869 del Código de Comercio se expresa que "la ejecución de los contratos celebrados en el exterior, que deben cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana". Es indiscutible que quien controla una sociedad colombiana que desarrolla su objeto en el país, lleva a cabo una actividad sujeta a las leyes locales aplicables a la celebración y ejecución de contratos de sociedad; y aunque en el caso de las sociedades anónimas, la administración de las mismas no corresponde a sus accionistas, en el funcionamiento de ellas repercute directamente su pertenencia a un grupo empresarial o su situación de subordinación, por lo cual las normas que al respecto se establecen en la ley, forman parte del conjunto normativo que debe ser cumplido por todas las personas que son parte del contrato social, máxime si de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887: "En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración...".

Si el inversionista extranjero se acoge a la ley colombiana para gozar de los derechos que se derivan de sus actividades mercantiles en Colombia, es apenas lógico que las mismas normas lo cobijen para el cumplimiento de sus obligaciones, tales como efectuar el pago del capital suscrito, registrar la inversión extranjera, cumplir con los compromisos tributarios e inscribir el documento privado que declara la situación de control o grupo empresarial.

Lo anterior resulta coherente con lo dispuesto en el artículo 5 del Tratado de Derecho Internacional de Montevideo (Ley 33 de 1992), según el cual "Las sociedades y asociaciones que tengan carácter de persona jurídica se regirán por las leyes del país de su domicilio, serán reconocidas de pleno derecho como tales en los Estados y como hábiles para ejercitar en ellos derechos civiles y gestionar su reconocimiento ante los tribunales. Mas, para el ejercicio de los

actos comprendidos en el objeto de su institución se sujetarán a las prescripciones establecidas en el Estado en el cual intenten realizarlos."

El registro del documento privado que declara la situación de control o grupo empresarial ante la Cámara de Comercio, así como la consolidación de estados financieros, son requisitos legales que no distinguen en cuanto al tipo de inversión, nacional o extranjera, o a la ubicación o nacionalidad de la controlante o matriz, en el exterior o en el país, no obstante lo cual en cada caso es necesario precisar el sentido y alcance de la sujeción de las personas extranjeras al ordenamiento local, como consecuencia de que ellas tengan el carácter de controlantes de sociedades de grupos de sociedades en los términos del mismo.

Así las cosas, hay que distinguir la obligación de inscripción de la situación de control y de grupo, que debe ser cumplida por la controlante extranjera; la obligación de presentar un informe especial a la asamblea o junta de socios de la sociedad controlante de un grupo empresarial, a la cual no está sujeta ninguna sociedad extranjera, pues la misma impone reglas sobre el funcionamiento de la sociedad o, en otras palabras, sobre la ejecución del contrato en aspectos regulados por la ley extranjera; y, por último la obligación de consolidación de estados financieros.

Respecto de esta última obligación es preciso indicar que si bien la matriz extranjera no está obligada a observar las reglas contables colombianas, en particular el Decreto 2649 de 1993, la consolidación de subordinadas se genera de acuerdo a lo señalado en el artículo 35 de la Ley 222 de 1995, en forma análoga a la prevista en el primer inciso del artículo 45 de la Ley 190 de 1995 en relación con entidades sin ánimo de lucro, según el cual "Habrá obligación de consolidar los estados financieros por parte de los entes bajo control". Así mismo, en relación con la consolidación de estados financieros, el artículo 95 de la Ley 488 de 1998 establece: "*Obligación de informar los estados financieros consolidados por parte de los grupos empresariales*. Para efecto del control tributario, a más tardar el treinta (30) de junio de cada año, los grupos económicos y/o empresariales, registrados en el Registro Mercantil





de las Cámaras de Comercio, deberán remitir en medios magnéticos, a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales sus estados financieros consolidados, junto con sus respectivos anexos, en la forma prevista en los artículos 26 a 44 de Ley 222 de 1995, y demás normas pertinentes. El incumplimiento de la obligación prevista en el presente artículo dará lugar a la aplicación de las sanciones previstas en el artículo 651 del Estatuto Tributario". Es así como las subordinadas colombianas al estar sujetas íntegramente a la legislación local, deben dar cumplimiento a la obligación de consolidar estados financieros.

2. Ahora bien, respecto de los interrogantes relacionados con la consolidación de estados financieros, se manifiesta lo siguiente:

a. ¿Qué compañía debería consolidar?

Considera este Despacho que **cuando la matriz o controlante no esté domiciliada en el país, sólo procede la consolidación de los estados financieros de las subordinadas en Colombia**, lo cual puede realizarse a través de cualquiera de las sociedades controladas, aunque se sugiere que por efectos prácticos se realice por medio de la que tenga el mayor patrimonio neto.

La consolidación se realizará teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 122 del Decreto 2649 de 1993 y 35 de la Ley 222 de 1995, así como los procedimientos generales sobre consolidación, tales como:

b. ¿Cómo sería el proceso de consolidación de estados financieros?

- Los estados financieros individuales de las sociedades que se consoliden deben corresponder a una misma fecha de corte.

- Las bases contables deben ser homogéneas.

- Previamente se conciliarán las cuentas entre compañías, si las hubiere, para facilitar las eliminaciones.

El patrimonio consolidado se denominará "Patrimonio controlado por matriz extranjera", el cual debe corresponder al porcentaje de participación que ésta posea en las sociedades colombianas, y registrar separadamente el interés minoritario de los entes económicos subordinados en Colombia, en una cuenta que se clasificará antes de la sección de patrimonio.

Adicionalmente, los estados financieros consolidados que prepare la sociedad subordinada colombiana con mayor patrimonio, deben presentarse a las entidades que los requieran, certificados y dictaminados por el representante legal, el contador y el revisor fiscal de ésta.

c. ¿A quién correspondería la aprobación de los estados financieros consolidados?

**La obligación contenida en el artículo 35 de la Ley 222 de 1995, de someter los estados financieros consolidados a consideración de quien sea competente para su aprobación o improbación, debe entenderse de acuerdo con las condiciones particulares de cada matriz o controlante; ante la ausencia de un órgano competente que pueda otorgar la referida aprobación, bastaría con remitirlos a esta Superintendencia en la forma indicada en los literales anteriores.**

d. ¿A quien le correspondería la preparación y aprobación del informe de gestión, si éste fuera requerido?

En virtud de lo establecido en el artículo 29 de la Ley 222 de 1995, en los casos de grupo empresarial, los administradores de las sociedades controladas, así como los de la controlante, deberán presentar a la asamblea o junta de socios un informe especial y no de gestión, como se señala en la pregunta. Por lo tanto, los administradores de cada una de las subordinadas domiciliadas en el país, deberán presentar el informe especial a la asamblea o junta de socios, en los términos señalados en el artículo mencionado. (Oficio 220-125 marzo 18 de 1999). **Nota**: Sobre el tema véase concepto (O69050 junio 29 de 1999 de la DIAN).





## CERTIFICACIÓN DE SITUACIONES DE CONTROL Y GRUPOS EMPRESARIALES

**El artículo 30 de la Ley 222 de 1995 establece la obligación de inscribir en el registro mercantil correspondiente a la circunscripción de cada uno de los vinculadas,., el documento privado preparado por la matriz o controlante.**

Igualmente el parágrafo 1º. del mismo artículo 30 expresa:

"Las Cámaras de Comercio estarán obligadas a hacer constar en el certificado de existencia y representación legal la calidad de matriz o subordinada que tenga la sociedad, así como su vinculación a un grupo empresarial, de acuerdo con los criterios previstos en la presente Ley."

Atendiendo las disposiciones referidas, es necesario concluir que las Cámaras de Comercio, deben expresar en los certificados de existencia y representación legal que emitan, para las sociedades matrices y subordinadas de su circunscripción, la situación de control o grupo empresarial, de acuerdo con los criterios señalados en la ley, y según la información suministrada en el documento privado presentado por la matriz o controlante que se inscribe en el registro mercantil. (Oficio 125-47337 septiembre 8 de 1997).

## EL CONTRATO DE FIDUCIA PUEDE GENERAR SITUACIÓN DE CONTROL POR SUBORDINACIÓN CONTRACTUAL-CONSOLIDACIÓN DE ESTADOS FINANCIEROS

"Una Compañía "A" constituye un patrimonio autónomo mediante un contrato de fiducia mercantil de administración y garantía, actuando como constituyente y beneficiario del 100% de los derechos. El patrimonio autónomo adquiere el control de una sociedad "B" legalmente constituida comprando más del 50% de sus acciones. En consecuencia la compañía matriz "A", registra el

grupo empresarial relacionando como subordinada a la Compañía B en la cual posee indirectamente más del 50% de la participación."

Con base en el supuesto anterior se formulan los siguientes interrogantes:

- ¿El fideicomiso-patrimonio autónomo es subordinada de la matriz ?
- ¿El fideicomiso, debe registrarse dentro del Grupo Empresarial en la Cámara de Comercio?
- ¿En caso de que deba registrarse, bajo que número de NIT?
- ¿El fideicomiso constituye un ente económico?
- Teniendo en cuenta que de conformidad con el artículo 122 decreto 2649 de 1993, "El ente económico que posea más del 50% del capital de otros entes económicos, debe presentar junto con sus estados financieros básicos, los estados financieros consolidados……", ¿La compañía Matriz debe consolidar con el contrato de fiducia mercantil?

A fin de dar respuesta a los interrogantes, el Despacho estima necesario efectuar las siguientes consideraciones:

1. La subordinación contractual.

El nuevo régimen de matrices y subordinadas contenido en la Ley 222 de 1995 redefine las hipótesis de subordinación del artículo 261 del Estatuto Mercantil, conforme a criterios más amplios que los de la norma anterior, de tal manera que no sólo puede presumirse el control por participación en el capital superior al 50%, sino también por circunstancias tales como tener el derecho a emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la asamblea o junta de socios, poseer el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de junta directiva, o porque en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, se





ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

Cuando se celebra un contrato de fiducia mercantil de administración y garantía, el cual legalmente genera un patrimonio autónomo en el que se radica una participación superior al 50% del capital de una sociedad, la situación de control estará condicionada a los términos del respectivo contrato.

En este caso, la sociedad A, aunque no tiene participación en el capital de B, en virtud del negocio fiduciario tiene influencia directa en los órganos de administración de B y el poder de decisión de esta última se encuentra sometido en la práctica a la sociedad A. Por tanto, se configuraría la tercera presunción del artículo 261 del Código de Comercio, denominada *subordinación contractual*, en donde A, como matriz estaría obligada al cumplimiento de las obligaciones propias, en particular, a la inscripción en el Registro Mercantil y a la consolidación de estados financieros.

El primer inciso del artículo 30 de la Ley 222 de 1995 dispone que "cuando de conformidad con lo previsto en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, se configure una situación de control, la sociedad controlante lo hará constar en documento privado que deberá contener el nombre, domicilio, nacionalidad y actividad de los vinculados, así como el presupuesto que da lugar a la situación de control. Dicho documento deberá presentarse para su inscripción en el registro mercantil correspondiente a la circunscripción de cada uno de los vinculados, dentro de los treinta días siguientes a la configuración de la situación de control".(Se subraya). Por tal razón, en el caso referido, el contrato de fiducia deberá registrarse como presupuesto determinante de la subordinación.

2. Sujeto controlado según la ley 222 de 1995:

El artículo 26 de la Ley 222 de 1995 preceptúa que "Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentra sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual

aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria"(Se subraya).

La ley societaria ha precisado que para la configuración de la situación de control de que trata el artículo transcrito y los efectos correspondientes, el sujeto controlado debe ser una sociedad, delimitando el universo de las situaciones de control y grupo empresarial regulados por ella. Dentro de este contexto normativo no es viable jurídicamente predicar del patrimonio autónomo la condición de *subordinada*.

3. Consolidación de estados financieros.

El artículo 35 de la Ley 222 de 1995 obliga a la matriz o controlante a consolidar sus estados financieros con los de las subordinadas. Mientras que en el Decreto 2649 de 1993 sólo obligaba a consolidar bajo el supuesto de la participación superior al 50% en el capital de otros entes económicos. En el nuevo régimen se amplia dicha obligación a todas las presunciones consagradas en el artículo 261 del Código de Comercio. En consecuencia y de acuerdo con lo expuesto en los numerales anteriores, la matriz A debe consolidar con la subordinada B, en virtud de la influencia dominante que ejerce a través del patrimonio autónomo. Dentro del proceso de consolidación la matriz A debe eliminar los derechos fiduciarios con la parte proporcional del patrimonio de la subordinada B.

4. ¿El fideicomiso constituye un ente económico?

El artículo 6º del Decreto 2649 de 1993 señala: "El ente económico es la empresa, esto es, la actividad económica organizada como una unidad, respecto de la cual se predica el control de los recursos. El ente debe ser definido e identificado en forma tal que se distinga de otros entes". Para determinar si este concepto se aplica al patrimonio autónomo, resulta indispensable conocer el objeto específico del contrato fiduciario, es decir, no se puede responder esta pregunta en forma general, pues habrá que analizar cada relación contractual en particular. En todo caso, para efectos de la consolidación en la hipótesis planteada se aplicará la Ley 222 de





1995, conforme a lo señalado anteriormente. (Oficio 125-81211 diciembre 28 de 1998).

## LAS MATRICES O CONTROLANTES PUEDEN SER RESPONSABLES SUBSIDIARIAS DE LAS OBLIGACIONES DE LAS FILIALES O SUBORDINADAS

Las sociedades matrices o controlantes son solidarias en el pago de obligaciones adquiridas por sociedades filiales o subsidiarias por el hecho de conformar grupo empresarial o por tener vínculo de subordinación, conforme a las disposiciones que consagra la Ley 222 de 1995?

Los sujetos vinculados en situación de control o grupo empresarial en los términos de la Ley 222 de 1995 conservan su individualidad, es decir, mantienen sus atributos y obligaciones propias. Los supuestos de control establecidos en el artículo 27 de la citada norma suponen una o varias personas controlantes y una o varias sociedades comerciales controladas, de tal manera que en los dos extremos de la relación de control se ubican sujetos con posibilidad de adquirir derechos y de contraer obligaciones en forma independiente.

Dentro de los efectos de la subordinación no se ha establecido la solidaridad de la matriz o controlante en el pago de las obligaciones contraídas por sus filiales o subsidiarias, por el solo hecho de la vinculación. Entendiendo por solidaridad una especial relación jurídica obligatoria en la que los acreedores pueden reclamar la totalidad de la deuda a cualquiera de los deudores comprometidos, de conformidad con lo establecido en el artículo 1568 del Código Civil.

No obstante, el legislador mediante el parágrafo del artículo 148 y artículo 207 de la Ley 222 de 1995 ha establecido dos modalidades, a través de las cuales las matrices o controlantes podrían responder por obligaciones de sus subordinadas.

**Responsabilidad subsidiaria**

En el parágrafo del artículo 148 de Ley 222 de 1995 se ha consagrado una particular forma de responsabilidad para las matrices o controlantes, así:

"PARAGRAFO. Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente."

En relación con el parágrafo transcrito, esta Superintendencia en la resolución 3393 del 12 de diciembre de 1997 manifestó: " El Despacho encuentra que en el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 no se precisa a qué funcionario corresponde hacer efectiva la responsabilidad y bajo qué trámite. En consecuencia, es preciso atender al carácter residual de la jurisdicción civil y aceptar que será de su competencia todo aquel asunto que no esté atribuido a otra jurisdicción. En cuanto al procedimiento aplicable se deberá proceder de idéntica manera, pues la ley estableció que cuando un asunto no tiene un procedimiento especial, se tramitará por el proceso ordinario. En este orden de ideas, la Superintendencia de Sociedades no tiene la competencia para pronunciarse sobre la responsabilidad subsidiaria de la matriz en los eventos de procesos concursales de las subordinadas."

Aunque este Despacho no tiene la competencia para decidir sobre la responsabilidad subsidiaria de la matriz en los casos del parágrafo citado, conviene hacer las siguientes consideraciones:

-La responsabilidad contenida en dicha norma tiene carácter subsidiario, lo cual significa que el acreedor de la subordinada





debe dirigirse en primer término contra ella y una vez su esfuerzo resulte infructuoso, podrá hacer efectiva la responsabilidad de la matriz.(Rodriguez Espitia Juan José Alcances del Parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995- Ponencia presentada en el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial. Cámara de Comercio de Bogotá).

-La responsabilidad parte del supuesto del control de la sociedad y no se requiere la declaración de grupo empresarial. La ley mercantil colombiana distingue entre situación de control y conformación de grupo empresarial, éste contiene aquella de conformidad con la regla contenida en el artículo 28 de la Ley 222 de 1995. Por ello, tanto en la situación de control como en la de grupo empresarial habrá lugar a la responsabilidad de la matriz por las obligaciones insolutas a cargo de la subordinada.

-Para que se haga efectiva la responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante se requiere además, que la situación de concordato o liquidación obligatoria se haya producido bajo las siguientes condiciones legales:

a. Que las actuaciones realizadas por la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación hayan generado el concurso correspondiente.

b. Que dichas actuaciones hayan sido en interés de la matriz o de cualquiera de sus subordinadas.

c. Que tales conductas hayan sido en contra del beneficio de la sociedad en proceso concursal.

**Responsabilidad de los socios**

Por otra parte el artículo 207 de la misma ley señala:

**"Cuando los bienes de la liquidación sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos y se demuestre que los socios utilizaron la sociedad para defraudar a los acreedores, serán responsables del pago del faltante del**

**pasivo externo, en proporción a los derechos que cada uno tenga en la sociedad. La demanda deberá promoverse por el acreedor respectivo y se tramitará por el proceso ordinario.**

La responsabilidad aquí establecida se hará exigible sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar y sin consideración al tipo societario."

**Establece así la ley un mecanismo excepcional que permite responsabilizar a los socios que hayan utilizado la sociedad para generar, de mala fe, perjuicios a los acreedores y que puede hacerse extensivo al socio controlante cuando se verifiquen los presupuestos del citado artículo. En todo caso, la responsabilidad que se deriva en esta disposición no es solidaria, sino conjunta, pues el pago del pasivo externo insoluto se hace "en proporción a los derechos que cada uno tenga en la sociedad".** (Oficio 125-1063 enero 13 de 1999).

## LA OBLIGACIÓN DE REGISTRAR LA SITUACIÓN DE CONTROL SUBSISTE AUNQUE LA SOCIEDAD SE ENCUENTRE EN LIQUIDACIÓN PRIVADA O VOLUNTARIA , NO ASÍ LA DE CONSOLIDAR LOS ESTADOS FINANCIEROS

Como lo ha venido expresando esta Superintendencia, la obligación de inscribir y mantener inscrito en el Registro Mercantil, el documento privado que declara la existencia de la situación de control o grupo empresarial, así como las demás obligaciones señaladas en ley, permanecen mientras existan jurídicamente las sociedades vinculadas, dentro de los supuestos legales de control o grupo empresarial y hasta cuando se concluya la liquidación con la total extinción y cancelación de la persona jurídica. Las empresas inactivas o que no desarrollan su objeto social subsisten como personas jurídicas, hasta su disolución y liquidación patrimonial.

Es preciso distinguir la obligación de inscripción en el registro mercantil, de la obligación de consolidar. La condición de sociedad





en liquidación no implica que la matriz o controlante se exonere de la inscripción. Por el contrario, la obligación de consolidar no se hace extensiva a las sociedades en liquidación, según lo expresó esta Superintendencia en la Circular 30 de 1997:

*"Respecto a la cuestión planteada, y si deben incluirse o no en los estados financieros consolidados, aquellas sociedades que se encuentren en liquidación, es del caso precisar que independientemente de que se trate de liquidaciones obligatorias o del trámite propio de las liquidaciones contempladas en el Código de Comercio, deben ser excluidas, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes razones:*

*1. En el primer caso, al perderse el control, de suyo, se pierde la subordinación y como tal desaparece la obligación de incluirse a la sociedad en liquidación obligatoria, dentro de los estados financieros consolidados.*

*2. Además, en uno y otro caso, dada la situación de liquidación de las compañías, las bases de valuación de los activos y pasivos cambian, ya que éstos se deban valuar a su valor neto realizable y dentro del proceso de consolidación es indispensable la homogenización de las políticas y métodos contables, lo cual no podría darse con las sociedades en liquidación, por la razón comentada.*

*Lo anteriormente expresado, no obsta para que en las notas de los estados financieros, se exprese la condición de la entidad subordinada en liquidación, lo cual se hace necesario para establecer los efectos que se derivan en el caso de la responsabilidad subsidiaria de la matriz, determinada según el Parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995."*

**Inversiones temporales.**

El artículo 122 del Decreto 2649 de 1993, establece que

"....No se consolidan aquellos subordinados que:
1. Su control por parte del ente matriz sea impedido o evitado de alguna forma, o

2. El control sea temporal. "

A su vez, el segundo inciso del artículo 61 de la misma norma para distinguir entre inversiones permanentes o temporales señala:

***"Cuando representen 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."***

De conformidad con los artículos transcritos no existirá obligación para la matriz de consolidar con aquellas sociedades controladas que se tengan con el propósito de enajenarlas antes de un año.

En lo relativo a la inscripción de la situación de control, el artículo 30 de la Ley 222 de 1995 establece que ésta deberá efectuarse dentro de los treinta días siguientes a que se configure el supuesto de subordinación, sin hacer distinciones sobre el tipo de inversión. Así mismo el parágrafo 2º del último artículo citado señala que toda modificación de la situación de control o del grupo, se inscribirá en el Registro Mercantil, con lo cual el legislador contempló la posibilidad del control temporal, sin establecer excepción alguna. (Res. 125-731 mayo 19 de 1999).

## CONSECUENCIA DE LA DECLARATORIA DE GRUPO FRENTE A LA SOCIEDAD QUE TRAMITA UN PROCESO CONCURSAL

Como lo ha expresado esta Superintendencia "cuando una sociedad es sometida al trámite de la liquidación obligatoria, no puede afirmarse que se configuren efectivamente los supuestos para poder establecer la existencia de una determinada situación de control en los términos de los artículos 260 y 261 del Estatuto Mercantil" (resolución 3393 del 12 de diciembre de 1997), por cuanto las condiciones especiales de este proceso concursal, impiden que los presuntos controlantes continúen sometiendo a la sociedad a su voluntad, pues esta entidad designa al liquidador, a los miembros de junta asesora, etc. (Res. 125-982 julio 13 1999).En consecuencia, la declaratoria de la situación de control, podrá referirse al período comprendido entre la vigencia de la Ley 222/ 95 y la apertura del respectivo trámite liquidatorio.





En cambio, la circunstancia de encontrarse una sociedad en concordato, por si sola, no exonera de la presunción de control o de grupo empresarial, puesto que los órganos sociales continúan funcionando (art. 116 de la Ley 222 de 1995, antes art. 10 Decreto 350 de 1989) y los socios conservan sus derechos y obligaciones. A diferencia de lo que ocurre en la liquidación obligatoria con el liquidador, el contralor no asume la representación legal, puesto que el concordato se orienta fundamentalmente a "la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, así como la protección adecuada del crédito". La empresa en concordato, aunque sometida a un proceso concursal, conserva sus atributos esenciales, al igual que los accionistas. (Resoluciónes 125-982 julio 13 de 1999 y 125-1025 julio 27 de 1999).

## LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEL ESTADO PUEDEN TENER LA CALIDAD DE MATRICES O CONTROLANTES. – OBLIGACIÓN DE REGISTRO Y PREPARACIÓN Y DIFUSIÓN DE LOS ESTADOS FINANCIEROS CONSOLIDADOS

En ocasiones se ha prescrito la formación de grupos empresariales entre entidades descentralizadas del Estado, estableciendo legalmente la existencia de la subordinación y de la unidad de propósito y dirección, ¿cuáles de los efectos legales del control o grupo empresarial se predican respecto de las entidades descentralizadas involucradas?

Antes de analizar cada uno de los efectos relacionados con el control, conviene realizar las siguientes precisiones conceptuales:

**Entidades descentralizadas del Estado. Noción y clasificación.** (Modificado por la Ley 489 de 1998).

En la organización administrativa colombiana se han distinguido las entidades descentralizadas territoriales y las entidades

descentralizadas por servicios. Respecto de estas últimas el artículo 68 de la Ley 489 de 1998 establece:

***"Entidades descentralizadas**. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio."*

En el marco del derecho societario revisten particular importancia las sociedades de economía mixta, definidas por el art. 97 de la última norma citada:

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

*Para que una sociedad pueda ser calificada como de economía mixta es necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales, de entidades descentralizadas y de empresas industriales o comerciales del Estados o sociedades de economía mixta no sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital social, efectivamente suscrito y pagado. Las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen.*

*Parágrafo. Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital*





*social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado.".*

La jurisprudencia ha sostenido que:

**"Legalmente las sociedades de economía mixta se rigen por las reglas del derecho privado, son sociedades de comercio sujetas al derecho mercantil, con las limitaciones expresas que la Constitución y la ley establezcan. Pueden constituirse bajo cualesquiera de las formas de sociedades previstas en el Código de Comercio, colectivas, en comandita simples o por acciones, de responsabilidad limitada o anónimas, ya que la ley colombiana no señala ninguna en especial." (CSJ. Sala Plena. Sentencia febrero 27 de 1975.M.P.Luis Sarmiento Buitrago)**

Las sociedades de economía mixta, como organismos que no forman parte de la administración pero están vinculados a ella desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagre la ley. Por medio de estas sociedades el Estado participa en el campo propio de la iniciativa privada, y en colaboración con los particulares, en el estímulo o fomento de actividades, que en sí mismas no constituyen servicios oficiales. Participa en los diferentes procesos económicos, tanto en el campo financiero como en el sector real y otros sectores. (Penagos, Gustavo. Curso de Derecho Administrativo. 1988. Pág.664).

**Situaciones de control y grupos empresariales en que el Estado se encuentra vinculado.**

Se presentan en la actualidad varias hipótesis sobre las situaciones de control y grupos empresariales en que el Estado se encuentra vinculado. Es del caso destacar principalmente dos posibles situaciones:

1.La Nación a través de sus entidades descentralizadas controlan una o varias sociedades comerciales de conformidad con los supuestos señalados en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio.

2.La Nación a través de sus entidades descentralizadas controlan una o varias entidades de naturaleza no societaria.

En la primera hipótesis la Nación a través de sus entidades descentralizadas ejerce el control sobre sociedades comerciales, por lo cual se generan los efectos señalados por la Ley 222 de 1995 respecto del régimen de matrices y subordinadas. Estas sociedades comerciales que actúan como sujetos controlados, pueden formarse con la participación exclusiva de entidades públicas o como sociedades de economía mixta. En este punto ha surgido el siguiente problema jurídico:

Las sociedades entre entidades públicas y las sociedades de economía mixta en que el Estado tenga una participación igual o superior al 90% del capital social se someten a las normas previstas para las empresas industriales o comerciales del Estado, por tanto, se pregunta: ¿Se deben incluir en la primera hipótesis aquellas situaciones en que el control se ejerza sobre estas sociedades?

Para absolver esta cuestión, el Despacho estima que por el grado de participación estatal (igual o superior al 90%) una sociedad de economía mixta no se convierte en empresa industrial y comercial del Estado. La prescripción legal que ordena que "...se someterán a las disposiciones previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado", debe ser entendida como un régimen especial en cuanto a su organización y funcionamiento, a las funciones de la junta directiva, a las atribuciones del gerente, directores o presidente, a la concreción del objeto social y a la capacidad para cumplir sus actividades, a la formulación de políticas gubernamentales, etc. En este sentido se debe interpretar el artículo 464 del estatuto mercantil, es decir, cuando la inversión estatal sea o exceda del 90% del capital social, varía el comportamiento societario en los ámbitos internos mencionados, además de que, un mismo órgano puede cumplir las funciones del máximo órgano social y junta directiva.

Las actividades que desarrollan frente a terceros las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea más del 90% del capital social, son de naturaleza mercantil. Los contratos que





celebren en desarrollo y para la ejecución de aquellas actividades se rigen por las reglas del derecho privado y las cláusulas serán las usuales para los contratos entre particulares.

Sobre este tema precisó el Consejo de Estado lo siguiente:

*"Lo dispuesto en estas normas legales (artículo 3o del decreto 3130 de 1968 y 464 del Código de Comercio) debe entenderse en el sentido de que las sociedades en ellas consideradas conservan la estructura jurídica del Código de Comercio y, como personas siguen sometidas a sus normas en lo que no resulte incompatible con los reglamentos legales que determinan la dirección, administración y funcionamiento de las empresas del Estado, como entidades que operan dentro del sector gubernamental".(Concepto del 10 de abril de 1973. Sala de Consulta y Servicio Civil).*

Por tanto, la participación del Estado en una sociedad no cambia la naturaleza de ésta. Estima el Despacho que toda persona que se constituya como sociedad comercial puede ser sujeto subordinado y tal vinculación será regida de conformidad con lo previsto en la Ley 222 de 1995, es decir, tanto las sociedades entre entidades públicas como las sociedades de economía mixta podrán vincularse como subordinados en una situación de control o de grupo empresarial, de conformidad con la regulación de la citada ley.

Conviene distinguir entre las "empresas industriales o comerciales del Estado" y las "sociedades que por virtud de la ley se someten a las normas de las empresas industriales del Estado". Mientras que las primeras se excluyen de la vigilancia de esta Superintendencia, según lo expresado en el oficio AN-19449 del 5 de octubre de 1989, las segundas por ser sociedades comerciales pueden ser sujetos vigilados si se verifica alguna de las causales establecidas para el efecto.

En la segunda de las hipótesis planteadas, la Nación a través de sus entidades descentralizadas controla una o varias personas de naturaleza no societaria. Se estima que en tal caso no se configura la situación de control de hecho, señalada en la Ley 222, por tanto no se

generan los efectos correspondientes. Tampoco se aplicaría el régimen de grupo empresarial contenido en la misma norma.

Hechas las anteriores precisiones se colige que en el supuesto referido son predicables todos los efectos legales contemplados para la situación de control o grupo empresarial toda vez que la ley no hizo distinción alguna, en consideración a la naturaleza jurídica de los entes involucrados.

1. **"La elaboración por parte de la sociedad controlante, del documento privado y la inscripción del mismo, y de toda modificación, en el registro mercantil de la Cámara de Comercio correspondiente al domicilio de cada una de las entidades que conforman el grupo empresarial."**

De acuerdo con el artículo 30 de la ley 222 de 1995, la persona natural o jurídica que tenga la calidad de matriz o controlante deberá dar cuenta de la situación de control, para lo cual elaborará un documento privado que deberá contener el nombre, domicilio, nacionalidad y actividades de los vinculados, así como el presupuesto que da lugar a la situación de control y presentarlo para su inscripción en el registro mercantil correspondiente a la circunscripción de cada uno de los vinculados. Por consiguiente, si la Nación o sus entidades descentralizadas tienen alguna de las calidades antes enunciadas, están sometidas a la obligación de elaborar y presentar dicho documento privado en las Cámaras de Comercio que correspondan.

En reciente pronunciamiento esta Superintendencia expresó: "*Es necesario resaltar que la ley en modo alguno excluyó para una determinada clase de matriz o controlante la obligación de inscribir la situación de control y en consecuencia no resulta procedente exonerar de tal obligación a una determinada clase de sujeto como la nación o las entidades públicas, pues se insiste, la ley no efectuó distinciones en este aspecto.*" *(Oficio 220-15215 del 13 de abril de 1998).*





2. **"La elaboración y presentación del Informe Especial de que trata el artículo 29 de la Ley 222 de 1995, para el caso de grupos empresariales."**

Con fundamento en los argumentos expuestos, es preciso concluir que al no establecer el legislador excepciones se deberá cumplir con la obligación de presentación del informe especial siempre que se configure una situación de grupo empresarial. Si respecto de la controlante no resulta procedente cumplir con tal exigencia legal, deberá cumplirse respecto de los administradores de las controladas del grupo.

3. **"La obligación de preparar y difundir los Estados Financieros consolidados."**

En el mismo sentido de las respuestas anteriores, se afirma que la matriz o controlante deberá efectuar la consolidación de estados financieros, atendiendo además lo dispuesto en el artículo 354 de la Constitución Nacional:

" Habrá un Contador General, funcionario de la rama ejecutiva, quien llevará la contabilidad general de la Nación y consolidará ésta con la de sus entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, cualquiera que sea el orden al que pertenezcan, excepto la referente a la ejecución del Presupuesto, cuya competencia se atribuye a la Contraloría.
Corresponden al Contador General las funciones de uniformar, centralizar y consolidar la contabilidad pública, elaborar el balance general y determinar las normas contables que deben regir en el país, conforme a la ley.

Parágrafo. Seis meses después de concluido el año fiscal, el Gobierno Nacional enviará al Congreso el balance de la Hacienda, auditado por la Contraloría General de la República, para su conocimiento y análisis".

**4. "La prohibición de participación recíproca consagrada en el artículo 262 del Código de Comercio."**

Bajo el supuesto de estar vinculada una sociedad en una situación de control de las reguladas por la Ley 222, resulta necesaria la aplicación del artículo 262 del estatuto mercantil, modificado por el artículo 32 de la ley citada, el cual consagra la prohibición de las operaciones de imbricación, es decir, las participaciones recíprocas permanentes de capital que se realizan entre matrices y subordinadas.

Conviene señalar que el nuevo texto legal (art. 32), establece perentoriamente que los negocios que se celebren en contravención a la norma serán ineficaces. (Oficio 100-56079 septiembre 16 de 1998).





# INEFICACIA

## COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES FRENTE A LAS IRREGULARIDADES EN LA NEGOCIACIÓN DE ACCIONES

Si bien la ley habilita a la Superintendencia para que ordene subsanar las irregularidades en las enajenaciones de acciones efectuadas con desconocimiento de los requisitos exigidos en los estatutos o en la ley y para reconocer los presupuestos de ineficacia, no es menos cierto que de conformidad con el parágrafo del artículo 87 de la Ley 222 de 1995, la legitimación de la misma para reconocerlos opera sobre aquellas sociedades no sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria o de Valores y en los eventos previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio.

La hipótesis contenida en el numeral 3º. del citado artículo, hace referencia a irregularidades en la suscripción o enajenación de acciones, cuando quiera que en el caso de esta última se hayan desconocido los requisitos exigidos en la ley o en los estatutos para tal fin, evento en el cual el ordenamiento mercantil no sanciona el negocio jurídico con la ineficacia, de suerte que en ese supuesto serán otras las consecuencias que se deriven y por ende las sanciones legales correspondientes.

La irregularidad en una negociación consistente por ejemplo en la ausencia de la relación o vínculo laboral, la cual en los términos de la Ley 226 de 1995, constituye condición sine qua non para adquirir las acciones de la compañía, en las circunstancias que la ley prevé escapa a la competencia del numeral 3º del artículo 87 de la ley 222 citada , y por tanto habrá de acudirse a la jurisdicción ordinaria que reconozca tal hecho.

No está por demás señalar que si en la certificación expedida para adquirir acciones, se dicen o sugirieron cosas que no sean ciertas, ello corresponde aun aspecto que no compete decidir a este

Despacho. Ahora bien, si allí se emplearon frases o expresiones que tienen un sentido distinto al que la gramática pone en evidencia o que surgen de una mera lectura, tampoco es del resorte de este Despacho ocuparse de ello. Por lo expuesto y tal como se ha reiterado, esta superintendencia en esos eventos acatará lo que la jurisdicción ordinaria resuelva sobre el particular. (Resolución No. 100-1573 agosto 27 de 1998).





# INVERSIÓN EXTRANJERA

## COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES PARA IMPONER SANCIONES A PERSONAS NATURALES POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN CAMBIARIO, CUANDO PROVENGA DE ENDEUDAMIENTO POR IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN

El Decreto 2116 del 29 de diciembre de 1992, en el Capítulo IV, FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, Artículo 5º. Contempla "La Superintendencia de Sociedades, organismo de carácter técnico adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, ejercerá las funciones de control y vigilancia sobre el cumplimiento del Régimen Cambiario actualmente asignadas a la Superintendencia de Cambios, en materia de inversión extranjera realizada en Colombia y de inversión realizada por sociedades Colombianas en el exterior, así como las operaciones de endeudamiento en moneda extranjera realizadas por sociedades domiciliadas en Colombia, sin perjuicio de las competencias asignadas a las Superintendencias Bancaria y de Valores""

De la norma transcrita, se puede colegir que a la Superintendencia de Sociedades se le asignaron funciones de control y vigilancia sobre el cumplimiento del régimen cambiario en materia de inversiones realizadas por personas naturales en el exterior, toda vez que en materia de inversiones internacionales, la norma no distingue, lo que significa que abarca tanto las operaciones realizadas por personas naturales o jurídicas.

Confirma lo expuesto el Decreto 2155 del 30 de diciembre de 1992, por el cual se reestructura la Superintendencia de Sociedades, cuando en su artículo 6º., señala las FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES y en el Numeral 28., dispuso "Ejercer la inspección y vigilancia sobre el cumplimiento del Régimen Cambiario en materia de inversión extranjera, inversión colombiana en el exterior y endeudamiento externo".

Así mismo, la Ley 222 del 20 de diciembre de 1995, por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones, en el Capítulo IX, Artículo 82, COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES., párrafo 2º. Estableció "De la misma manera ejercerá las funciones relativas al cumplimiento del régimen cambiario en materia de inversión extranjera, inversión colombiana en el exterior y endeudamiento externo".

Y finalmente el Decreto 1080 del 19 de junio de 1996, POR EL CUAL SE REESTRUCTURA LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES Y SE DICTAN NORMAS SOBRE SU ADMINISTRACIÓN Y RECURSOS, estableció en el artículo 2º. FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, numeral 15, "Ejercer las funciones relacionadas con el cumplimiento del régimen cambiario en materia de inversión extranjera en Colombia, **inversión colombiana en el exterior por parte de personas naturales y jurídicas,** así como sobre las operaciones de endeudamiento externo efectuadas por empresas o sociedades públicas o privadas".

Nótese que las citadas disposiciones le asignaron totalmente la competencia a la Superintendencia de Sociedades para ejercer la inspección y vigilancia sobre el cumplimiento del Régimen Cambiario en materia de inversión extranjera, inversión colombiana en el exterior y endeudamiento externo, de empresas o personas jurídicas públicas o privadas.

Por lo tanto la Superintendencia de Sociedades sí tiene las funciones de control y vigilancia sobre las inversiones de personas naturales en el exterior y en consecuencia la facultad de imponer sanciones no solamente a las sociedades sino a las personas naturales colombianas que infringen el Régimen Cambiario. (Resolución 230-1197 julio 10 de 1998).





## LA RESPONSABILIDAD EN MATERIA CAMBIARIA ES OBJETIVA

La responsabilidad en materia cambiaria es objetiva y por ello no se admiten los elementos subjetivos de la conducta tipificada sancionable (dolo, culpa. Preterintención), por lo cual no se puede tener en cuenta la intencionalidad del sujeto al violar las normas cambiarias.

Confirma lo anterior la sentencia proferida por la Corte Constitucional (C-599 2 de diciembre de 1992), en donde se indica que el Régimen Cambiario es una manifestación del Derecho Administrativo y de las funciones de policía económica a cargo del Estado, que no tiene incidencia en el derecho penal; por lo cual, la imposición de medidas económicas y sancionatorias de contenido fiscal no puede confundirse con el régimen penal, ni se orienta por sus principios o reglas, cada una de estas materias tienen profundas diferencias y persiguen diferentes fines, aun en el ámbito de la determinación de la responsabilidad, por cuanto en materia penal se tiene en cuenta el aspecto subjetivo (preterintención, dolo o culpa) y en materia administrativa en casi todos los casos la responsabilidad es objetiva.

## INFRACCIÓN CAMBIARIA CONTINUADA

Bajo tal noción se puede entender aquella conducta (acción u omisión), realizada por parte de un sujeto sometido al cumplimiento de una obligación cambiaria, que vulnera o trasgrede permanentemente durante un lapso de tiempo (permanencia), una misma norma u obligación cambiaria vigente.

La infracción cambiaria supone que un mismo sujeto obligado al cumplimiento de normas cambiarias lleve a cabo una acción u omisión que quebrante permanentemente durante un lapso de tiempo un mismo precepto o deber legal cambiario.

Cabe señalar que en el evento de las infracciones continuadas, el término de caducidad de la acción de la administración para investigar y sancionar infracciones cambiarias, se contará a partir

de la ocurrencia del último acto constitutivo de la infracción (Conc. 65694.95 DIAN) (Resolución 230-1197 10 julio 10 de 1998).

## RÉGIMEN CAMBIARIO SANCIONATORIO

De acuerdo a lo previsto en el artículo 2 numeral 15 del Decreto 1080 de 1996, esta Superintendencia ejerce las funciones relacionadas con el cumplimiento del régimen cambiario en materia de inversión extranjera en Colombia, inversión colombiana en el exterior por parte de personas naturales y jurídicas, así como sobre las operaciones de endeudamiento externo efectuadas por empresas o sociedades públicas o privadas.

El artículo 2 del Decreto 1746 de 1991 dispone que las infracciones cambiarias como transgresión de las disposiciones constitutivas del régimen de cambios es una contravención meramente administrativa de las disposiciones vigentes al momento de la infracción, a la que le corresponde una sanción coercitiva cuya finalidad es el cumplimiento de dichas disposiciones.

La contravención cambiaria viola la función exclusiva del estado de dirigir la política cambiaria, de ordenar y regular los activos internacionales y de velar por el orden cambiario en general, es decir pone en peligro el orden público económico que la política cambiaria pretende proteger, por tal razón conforme a la ley cambiaria se sanciona al infractor o infractores.

Tal sanción acorde a lo dispuesto en el artículo 3 ibídem puede ascender hasta el 200% del monto de la infracción cambiaria comprobada, lo que permite que esta Entidad discrecionalmente imponga la multa teniendo como límite el porcentaje descrito, atendiendo a las reglas de la sana critica, la naturaleza administrativa de la infracción cambiaria, la índole objetiva de la responsabilidad correspondiente y los objetivos perseguidos por el régimen de cambios, acorde con lo previsto en el artículo 19 del Decreto 1746 de 1991





Para llegar a esta conclusión la Superintendencia agota el procedimiento cambiario previsto en el Decreto 1746 de 1991 que se inicia con la etapa preliminar y culmina con la expedición del pliego de cargos, el cual una vez notificado acorde a lo dispuesto en el artículo 12 ídem, da inicio a la etapa probatoria en la cual las partes involucradas en el proceso cambiario en ejercicio del derecho de defensa y del principio de contradicción solicitan pruebas o aportan las que consideren necesarias para desvirtuar o aclarar los hechos señalados en el pliego de cargos.

Practicadas y evaluadas las pruebas presentadas, se procederá a decidir de fondo mediante providencia que puede ser objeto de recurso de reposición, dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación.

Sobre el particular la doctora MARIA LUGARI, en su libro Derecho Cambiario, expone lo siguiente: "El Decreto 1746 asimila las diligencias preliminares con la investigación a que puede dar lugar el resultado de aquellas y a toda esta actividad la llama instrucción. Esta etapa instructiva se desarrolla bajo la dirección del estado, sin el concurso o conocimiento del presunto infractor, debiendo las entidades estatales recopilar las pruebas , tanto desfavorables como favorables para el presunto infractor, identificarlo plenamente y, con base en el conjunto de sus actuaciones establecer si hay lugar o no a formulación de cargos."

***Más adelante señala la citada tratadista: " En el evento en que se compruebe la existencia del hecho punible y del presunto contraventor el Estado ejercita la acción contravencional cambiaria formulando cargos. Con la notificación del pliego de cargos surge el conflicto entre el Estado y el acusado y, a partir de este momento, es cuando comienza la relación procesal."***

Posteriormente añade: " Presentados los descargos y vencido el término probatorio, la respectiva entidad estatal decidirá de fondo mediante resolución motivada que debe contener, por lo menos, la identificación del autor o autores, la indicación de los hechos, del lugar y del tiempo en donde ocurrieron, el señalamiento de la norma

o normas violadas, la razón de la violación, el análisis de las pruebas y de los descargos, y la decisión."

Agrega " El decreto señala dos clases de sanciones: una multa que puede llegar hasta el 200% del monto de la infracción cambiaria comprobada, como pena principal, y la prohibición para realizar operaciones de cambio durante un término no inferior a un año ni superior a cinco, como pena accesoria.

La determinación de la pena en función de la cuantía de la infracción revela que la atención está puesta sobre el resultado objetivo de la actuación, afirmando la prescindencia de los elementos que dan vigencia al principio de culpabilidad y del dolo."(Pag.195, 196 y 197).

Un aspecto que es indispensable tener en cuenta es en el evento que se allane el infractor o los infractores a la totalidad de los cargos, en tal caso la multa correspondiente no excederá de un 70% del monto de la respectiva infracción, según lo prevé el artículo 22 del Decreto 1746 de 1991.

De otra parte, si bien el artículo 3 idem no señala porcentajes específicos determinados para tasar las sanciones como consecuencia de las infracciones cambiarias, dispone en forma taxativa que "... hasta el 200%...", le fija una limitante y bajo la misma opera la graduación de las multas, las que dicho sea de paso sólo se imponen por razones excepcionales relacionadas con el manejo irregular y la imposibilidad de establecer el destino de las divisas ingresadas al país.

En consecuencia, la facultad discrecional atribuida a este organismo para sancionar pecuniariamente en los procesos administrativos cambiarios, debe cumplirse de manera clara y diáfana en igualdad de condiciones respecto de las partes que concurren al proceso atendiendo a los principios de la sana crítica, el de contradicción, el derecho de defensa y debido proceso. (Oficio 230-70361 julio 23 de 1999).





## DEFINICIÓN DE COMPETENCIA EN MATERIA DE INFRACCIÓN CAMBIARIA

Se refiere el Despacho a la competencia atribuida a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN y a esta Superintendencia por parte del decreto 2116 de 1992 por el cual se reasignaron las funciones que cumplía la extinguida Superintendencia de Control de Cambios., a los citados organismos y a la Superintendencia Bancaria.

Al respecto, es preciso anotar que en punto al tema de la inversión extranjera , aun cuando el decreto 2116 señaló que la vigilancia se refería a la realizada en Colombia y a través de sociedades colombianas en el exterior , la ley 222 del 20 de diciembre de 1995 por la cual, entre otras se modificó el libro segundo del Código de Comercio , en su artículo 82 , dispuso lo siguiente : " Competencia de la Superintendencia de Sociedades. El presidente de la república ejercerá por conducto de la Superintendencia de Sociedades, la inspección , vigilancia y control de las sociedades comerciales, en los términos establecidos en las normas vigentes.

También ejercerá inspección y vigilancia sobre otras entidades que determine la ley. De la misma manera ejercerá las funciones relativas al cumplimiento del régimen cambiario en materia de inversión extranjera, inversión colombiana en el exterior y endeudamiento externo."

Por su parte, el Decreto 1080 del 19 de junio de 1996, " por el cual se reestructura la Superintendencia de Sociedades y se dictan normas sobre su administración y recursos", en el artículo 2 que señala las funciones , despeja cualquier inquietud relacionada con la competencia en materia de inversión extranjera, pues atribuye a esta Superintendencia el conocimiento de las infracciones al régimen cambiario en materia de inversión extranjera en Colombia y de inversión Colombiana en el exterior por parte de personas naturales y jurídicas.

En cuanto a las funciones de endeudamiento externo, de acuerdo con el capítulo 1V , artículo 5º , del Decreto 2116 de 1992 , este organismo ejerce funciones de inspección y vigilancia sobre operaciones de endeudamiento en moneda extranjera realizadas por sociedades domiciliadas en Colombia sin perjuicio de las competencias asignadas a la Superintendencia Bancaria y de Valores ; igualmente el artículo 8 del citado decreto señala que la División de Inversión y Deuda Externa debe adelantar todas las acciones tendientes a vigilar el cumplimiento de las disposiciones cambiarias en cuanto al " endeudamiento público o privado".

Paralelamente le correspondió a la DIAN, mediante el artículo 3º del capítulo 111 del mismo decreto, el ejercicio del control y vigilancia sobre el cumplimiento del régimen cambiario en materia de importación y exportación de bienes y servicios, gastos asociados a las operaciones de comercio y financiación de importaciones y exportaciones .

De acuerdo con las normas transcritas anteriormente, es claro que la competencia en materia de endeudamiento externo relacionada con sociedades domiciliadas en Colombia, le corresponde a esta entidad y a la DIAN le quedó limitada esta función en razón al origen del endeudamiento, es decir, que el endeudamiento provenga de importaciones y exportaciones, sin importar si es persona natural o jurídica .

Se plantea entonces el problema de determinar quien controla el endeudamiento de personas naturales , para lo cual, es preciso hacer las siguientes consideraciones :

El Decreto 2155 de 1992, por el cual se reestructura la Superintendencia de Sociedades, al referirse a las funciones que le corresponden a la división de inversión y deuda externa en materia de endeudamiento externo, determinó en el articulo 17 numeral lº. que a ésta entidad le competía vigilar el endeudamiento público y privado en moneda extranjera , ampliando así el margen de competencia inicialmente asignada por el decreto anterior.





Revisando las funciones asignadas a la DIAN, encontramos que en el Decreto 2117 de 1992 en sus capítulo 1, artículo 1, manifiesta que esa entidad tendrá las funciones de control y vigilancia sobre el cumplimiento del régimen cambiario en materia de importación y exportación así como la financiación en moneda extranjera de importaciones y exportaciones, y el Decreto 1271 de 1993, en su artículo 3, determinó que la DIAN adelantaría los procedimientos en materia cambiaria cuya competencia no fuera de la Superintendencia Bancaria y de Sociedades o que no estuvieran asignadas a las entidades u organismos receptores de las demás funciones.

De conformidad con los mencionados artículos y teniendo en cuenta que del marco normativo no se deriva con claridad la competencia para conocer de las infracciones cambiarias por endeudamiento externo de personas naturales, el Banco de la República, en su calidad de organismo encargado de efectuar el registro, llevar el control y la estadística en materia cambiaria, zanjó la discusión remitiendo todos los casos relacionados con endeudamiento de personas jurídicas a la Superintendencia de Sociedades , excepto que el origen del endeudamiento, como se expresó anteriormente , fuere importación o exportación Y todos los casos de endeudamiento de personas naturales , a la DIAN. (Oficio 230-25365 marzo 30 de 1999).

# PERITOS

## LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES ES COMPETENTE PARA DESIGNAR PERITOS EN LOS CASOS PREVISTOS POR LA LEY

Al respecto es pertinente efectuar las siguientes consideraciones relativas al tema de los peritos.

En primer término es preciso señalar que en opinión de este despacho la norma contenida en el artículo 231 de la Ley 222 de 1995, fue parcialmente derogada por el artículo 136 de la ley 446 de 1998.

Para una mayor comprensión del asunto es procedente transcribir las aludidas disposiciones, así:

"Artículo 231. Peritos: En los casos en que de acuerdo con esta ley (222 de 1995) o con el Libro Segundo del Código de Comercio, deban designarse peritos, ésta la hará la Cámara de Comercio correspondiente al domicilio principal de la sociedad, las cuales y para tal fin, elaborarán listas integradas por expertos en cada una de las respectivas materias".

Por su parte en el artículo 136 de la ley 446 de 1998, se establece "Discrepancia sobre Precio de Alícuotas. Si con ocasión del reembolso de aportes en los casos previstos en la ley o en el ejercicio del derecho de preferencia en la negociación de acciones, cuotas sociales o partes de interés surgen discrepancias entre los asociados, o entre éstos y la sociedad respecto del valor de las mismas, éste será fijado por peritos designados por las partes o en su defecto, por el Superintendente Bancario, de Sociedades o de Valores, en este caso de sociedades sometidas a su vigilancia.

Tratándose de sociedades no sometidas a dicha vigilancia, la designación corresponderá al Superintendente de Sociedades.





En uno u otro caso, se procederá conforme se indica en el artículo anterior".

Así las cosas, se aprecia que la atribución antes conferida a las Cámaras de Comercio para efectuar la designación de peritos en los casos previstos en la ley 222 de 1995, y en el libro Segundo del Código de Comercio, se encuentra en cabeza de los Superintendentes Bancario, de Sociedades o de Valores, a partir de la expedición y entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, toda vez que la ley 222 de 1995 y el Libro Segundo Del Código de Comercio, no contemplan casos distintos a los que alude el artículo 136 ibídem.

Por tanto, la intervención de esta Superintendencia para efectos de la designación de peritos en ese evento, está supeditada a la verificación de los presupuestos que la norma establece. Es decir, que haya lugar al dictamen pericial con ocasión de uno de los casos expresamente señalados en la ley y, que se trate de una sociedad no vigilada por la Superintendencia Bancaria o de Valores.

Ahora bien, otra hipótesis distinta es la que establece el artículo 134 de la ley 446 de 1998, cuyo texto reza: "Designación, Posesión y Recusación. Si para la solución de cualquiera de los conflictos de que conocen las Superintendencias en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, la respectiva Superintendencia requiere de peritos, éstos serán designados por el Superintendente de lista que para el efecto elaborarán las Cámaras de Comercio, atendiendo las reglas establecidas en el artículo 9º. Del Código de Procedimiento Civil.

En uno u otro caso, los peritos tomarán posesión ante el Superintendente o su delegado. Los peritos pueden ser objeto de recusación, caso en el cual ésta se sujetará al procedimiento previsto en el Código de Procedimiento Civil".

Como puede observarse, para que proceda el Superintendente de Sociedades a la designación de peritos se requiere igualmente si vale el cumplimiento de los supuestos de hecho contenidos en la norma citada; esto es que se esté frente al ejercicio de sus funciones

jurisdiccionales, circunstancia que debe concurrir con el hecho de que en concepto de la entidad misma se requiera de peritos para la solución del asunto de que ella conoce. (Oficio 220-16779 marzo 8 de 1999).

## DESIGNACIÓN DE PERITOS AVALUADORES EN EL MARCO DEL DERECHO DE PREFERENCIA EN LA NEGOCIACIÓN DE ACCIONES.

El asunto que nos ocupa también se refiere a la existencia paralela de derechos de opción de venta y de compra de acciones establecidos en el clausulado de un contrato de joint venture por una parte y, por otra, el derecho de preferencia establecido en los estatutos de una sociedad creada como consecuencia de aquél.

### 1- Paralelismo contractual.

Ante la negociación de acciones de una sociedad anónima constituída con ocasión de la celebración de un contrato joint venture[1], sobre cuyo valor existe desacuerdo entre las partes, se plantea la existencia y se pregunta sobre la aplicabilidad de una de dos reglamentaciones previstas para el efecto: una convencional y otra legal-estatutaria.

La primera de ellas se desarrolla en una cláusula del contrato de joint venture pactado entre los accionistas de la sociedad y, la otra por su parte, en el acto constitutivo de la citada sociedad, en donde además de haberse pactado el derecho de preferencia en la negociación de sus acciones, se estableció una disposición estatutaria relativa al procedimiento a seguir cuando sobre el valor de las acciones hubiere desacuerdo entre los accionistas.

Ante un caso de combinación contractual, en la cual, de acuerdo con la jurisprudencia, cabe distinguir entre contratos unidos y contratos mixtos [2] lo determinante es el criterio de interpretación

*1. La doctrina suele llamar "Incorporated join venture» la figura según la cual, para la ejecución del contrato de joint venture, se constituye una nueva sociedad.*
*2. Sent.24 marzo de 1936 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*





aplicable a los contratos (típicos y/o atípicos) involucrados. Sin que este despacho pretenda efectuar una interpretación de las cláusulas de un contrato con autoridad, pues no es la competente para ello, nada se opone a que para el caso objeto de la consulta proponga un criterio sobre el particular, en atención a que para el procedimiento de avalúo de las acciones sobre cuyo precio existiere desacuerdo entre los accionistas, al parecer se contraponen dos estipulaciones contractuales: según la cláusula respectiva del contrato joint venture, es a partir de la notificación de un accionista a otro del ejercicio del derecho de opción (pactado en doble vía – es decir, derecho de opción de venta y derecho de opción de compra (put optión y call opotión)-, que opera el procedimiento para el avalúo; mientras que, en los términos de los estatutos de la sociedad, el referido procedimiento de avalúo opera a partir de la notificación escrita de la oferta para le venta, en el entendido de que es parte del mecanismo a través del cual se ejerce el derecho de preferencia en la negociación de las acciones.

Independientemente del criterio de interpretación que para el caso particular resulte pertinente, para establecer la aplicabilidad de uno u otro postulado contractual, hay que destacar la estipulación expresa en los estatutos sociales de una sociedad nacional, vigilada por esta Superintendencia, del derecho de preferencia en la negociación de sus acciones.

### 2- Inadmisibilidad de pruebas contra escrituras sociales.

Si bien es cierto que en el ordenamiento jurídico nacional impera el principio de la autonomía de la voluntad privada en la regulación de las relaciones contractuales, también lo es que en tratándose del contrato de sociedad, deberá tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 118 del Código de Comercio, según el cual **"Frente a la sociedad y a terceros no se admitirá prueba de ninguna especie contra el tenor de las escrituras otorgadas con sujeción a los artículos 110 y 113, ni para justificar la existencia de pactos no expresados en ella."**

Basta el examen del tenor literal de la norma citada para concluir que la disposición contractual del joint venture relativa al derecho

de opción y al procedimiento para el avalúo de las acciones de la sociedad creada, difiere de la consagrada en los estatutos de ésta para el mismo evento, razón por la cual resulta inaplicable frente a la sociedad y frente a terceros, como lo es esta Superintendencia, de manera que, la limitación a la libre negociabilidad de las acciones de la sociedad, derivadas del derecho de preferencia pactado, impone que el procedimiento aplicable para su avalúo sea el establecido en los estatutos y no el convenido en el contrato de joint venture.

**3- Competencia de la Superintendencia de Sociedades.**

En esas circunstancias, no es con ocasión del tiempo en que acaezcan los hechos constitutivos o transformadores de la voluntad social o parasocial, que surge la competencia de este despacho para designar los peritos evaluadores de las acciones sobre cuyo valor exista desacuerdo. Es por ministerio de la ley que ello le compete al Superintendente de Sociedades, en tratándose de sociedades sometidas a su vigilancia, la designación de peritos. Así, consagrada estatutariamente la excepción a la libre negociabilidad de las acciones en los términos del numeral segundo, artículo 403 del Código de Comercio, en concordancia con el 407 idem y 136 de la Ley 446 de 1998, surge para el Superintendente de Sociedades la competencia para designar peritos avaluadores de manera subsidiaria al agotamiento del procedimiento previo.

Ahora bien, dicha subsidiariedad no consiste en la eventual participación del Superintendente de Sociedades. Una vez agotado el procedimiento estipulado para conseguir el acuerdo voluntario entre los accionistas sobre el valor de las acciones y su forma de pago, sin haberlo logrado, la intervención del Superintendente se hace obligatoria para designar a los peritos que deban rendir el correspondiente dictamen pericial. Es decir, su intervención no depende de la voluntad de los interesados cuando éstos no logran ponerse de acuerdo, sino que se impone por obligación legal.

En ese orden de ideas, la competencia del Superintendente de Sociedades no va más allá de los límites que la ley establece, esto





es, para la designación de peritos, por lo cual no podría éste "determinar el valor" de las acciones cuyo valor se discute.

Así mismo, y como quiera que su competencia es legal y reglamentada resultaría, por decir lo menos, exótico, que este despacho hiciere una aplicación e interpretación analógica del artículo 407 del Código de Comercio frente a una cláusula de un contrato paralelo al societario, en el que se contempla una misma situación de hecho (negociación de acciones) bajo dos supuestos de derecho diferentes (derecho de opción de venta o de compra y derecho de preferencia en la negociación), pues, por una parte, se reitera, no es la autoridad idónea para ello y, por otra, la aplicación de la norma citada es obligatoria y excluyente cuando se den los supuestos allí previstos. Por lo tanto, es con ocasión de la estipulación consagrada en los estatutos de la sociedad creada (derecho de preferencia en la negociación de las acciones), que debe dársele aplicación a los estatutos sociales y no a lo que paralelamente se pueda disponer en el contrato joint venture .

**4- La Conciliación.**

Por otra parte, la Superintendencia de Sociedades no podría servir de conciliadora entre accionistas para la identificación de un procedimiento alternativo de valoración de acciones. De una parte, porque el sistema previsto estatutariamente es imperativo y, de otra, porque su modificación implicaría una reforma estatutaria. En consecuencia, cualquier acuerdo directo entre los accionistas, deberá enmarcarse dentro de los parámetros que para el efecto se previeron en los estatutos, a menos que acuerden reformarlos. En el evento de existir discrepancias o conflictos entre los socios, esta Superintendencia puede actuar como conciliadora entre éstos, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º. del artículo 2º. del decreto 1080 de 1996; pero dicha función no podrá ser ejercida para dejar de aplicar una disposición estatutaria. (Oficio 220-93299 octubre 14 de 1999).

## EL DICTAMEN PERICIAL Y SU FUERZA VINCULANTE FRENTE A LAS PARTES

*«En una negociación de acciones en una sociedad anónima en la que ya se haya fijado el precio por peritos, el accionista que hizo postura en número de acciones y en precio ¿estará obligado a adquirir un número de ellas a prorrata del valor ofrecido, ya que el precio determinado por los peritos es superior al ofrecido por él? Es decir, si el número de acciones estaría limitado por el monto del precio en dinero ofrecido.*

**Dado el caso anterior y al no poder el accionista con base en el derecho de preferencia comprar todo el número de acciones, ya que el fijado por los peritos es mas alto que el por él postulado, el accionista que está vendiendo sus acciones podrá vender la diferencia (de lo no comprado) a terceros a precios inferiores al del fijado por los peritos? o en ultima instancia al postulado por el accionista comprador?...»**

Para desarrollar el tema es importante hacer algunas anotaciones previas, a saber.

De acuerdo con el artículo 2026 del Código de Comercio, la peritación procederá cuando la ley o el contrato sometan a la decisión de expertos, o a justa tasación, asuntos que requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.

Así por ejemplo, el artículo 407 del Código de Comercio prevé este mecanismo cuando por razón de una negociación de acciones surge discrepancia entre las partes en cuanto al precio y/o la forma de pago.

Igualmente el artículo 136 de la Ley 446 de 1.998, al referirse a la discrepancia sobre el precio de alícuotas prevé, que, «Si con ocasión del reembolso de aportes en los casos previstos en la ley o del ejercicio del derecho de preferencia en la negociación de acciones, cuotas sociales o partes de interés surgen discrepancias entre los asociados, o entre éstos y la sociedad respecto al valor





de las mismas, éste será fijado por peritos designados por las partes...»

El dictámen que éstos emitan, de acuerdo con el artículo 135 de la misma ley, mientras no sea objetado, tendrá fuerza vinculante entre las partes y no tendrá recurso alguno.

Luego, a la pregunta tendiente a determinar si fijado el precio por los peritos, el accionista que hizo la postura en número de acciones y en precio está obligado a adquirir un número de ellas a prorrata del valor ofrecido, teniendo en cuenta que el determinado por los peritos es superior al ofrecido por él, es preciso concluir bajo el entendido de que el dictamen pericial es de carácter obligatorio para las partes, que si el precio fijado por los peritos no fue objetado por ninguna de ellas dentro del término previsto por ley para tal efecto, éste quedaría en firme y, teniendo en cuenta la fuerza vinculante del mismo, no cabe duda que éste se impondría entre las partes. En tal caso el destinatario que aceptó la oferta podrá adquirir el número de acciones que esté en capacidad de pagar al precio dictaminado, el que no podrá exceder de las que le correspondan en razón a la preferencia, pues es el precio y no el número de acciones lo que constituyen el objeto de la peritación. Sin embargo y aplicando por analogía el precepto contenido en el artículo 364 del Código de Comercio, es dable colegir que las partes podrán convenir en que las condiciones originalmente previstas en la oferta sean definitivas si resultaren ser más favorables para los cesionarios que las fijadas por los peritos, como procede en tratándose de la cesión de cuotas.

En lo que respecta a la viabilidad de vender a terceros la diferencia de las acciones ofrecidas en primera instancia pero a un precio inferior al fijado por los peritos, es preciso señalar que el dictámen pericial si bien tiene fuerza vinculante frente a los socios que discrepan sobre el precio de las acciones que se pretende enajenar, no cobija a los terceros que aspiren a la compra de las acciones cuya oferta no fue aceptada por los accionistas en el ejercicio del derecho de preferencia, pues cada relación involucra un negocio jurídico independiente.

El derecho de preferencia tanto en la suscripción como en la negociación de acciones es un derecho de orden patrimonial, cuyo objetivo radica en la necesidad de garantizarle a los accionistas que podrán acceder a las acciones antes que cualquier tercero, bien en toda nueva emisión, ora en una enajenación de acciones, pero para tal evento es preciso que los destinatarios se pronuncien dentro del término establecido para tal efecto.

En el caso planteado el accionista que tuvo la oportunidad de acogerse a la negociación de acciones ofrecida por su consocio se estará a lo acordado al momento de la negociación de las mismas, y, desde luego al dictamen pericial; pero en los que toca a las acciones sobrantes, el accionista enajenante no estará obligado al referido dictamen, como tampoco al precio originalmente propuesto por aquél es decir que de haber terceros interesados en adquirir las acciones, aceptando las condiciones en que se formuló la oferta podrá libremente negociarlas, teniendo en cuenta que ya los demás accionistas agotaron la opción preferencial.

Ahora, si de lo que se trata es de modificar las condiciones, fijando por ejemplo un precio inferior, se estaría ya frente a un nuevo negocio jurídico, que como tal impondría la obligación de agotar todas las etapas para ese fin establecidas en los estatutos y la ley; de manera que estando estipulado el derecho de preferencia en la negociación, habría que formular una nueva oferta, cuyos destinatarios habrían de ser los accionistas, y solo ante su desinterés tácito o expreso, podrá ahí sí, efectuarse el negocio con terceros.(Oficio 220-23996 marzo 25 de 1999).





# PROCESOS CONCURSALES

## LAS EMPRESAS PROMOTORAS DE SALUD (E. P. S.) Y LAS INSTITUCIONES PRESTADORAS DEL SERVICIO DE SALUD (I. P. S.) NO PUEDEN ACCEDER A PROCESOS CONCURSALES

Es preciso destacar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4° del Decreto 1259 de 1994, la inspección, vigilancia y control, entre otros, de las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, que integran los subsectores oficial y privado del sector salud, y de otros sectores cualquiera sea su naturaleza y denominación, corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud.

Expuesto lo anterior, se impone detenerse en la Constitución Política en cuyos artículos 48 y 49 se estableció que la seguridad social en salud es un servicio público a cargo del Estado, el cual debe garantizar la prestación del mismo, así como el acceso de todos los ciudadanos a los planes y programas de salud.

Adicionalmente, se pone de presente que en el parágrafo del artículo 230 de la Ley 100 de 1993, se expresó que con el propósito de garantizar la confianza pública en el sistema y la prestación de servicios de salud, el Gobierno Nacional reglamentaría la toma de posesión para administrar o liquidar a las empresas promotoras o prestadoras, es decir, a las E.P.S. e I.P.S.

Dentro del marco ya mencionado, se expidió el Decreto 1922 de 1994, mediante el cual se reglamentó la intervención del Ministerio de Salud en el aludido sistema de seguridad social en salud, consagrando la toma de posesión como un mecanismo idóneo de intervención para administrar, total o parcialmente, o para liquidar, las entidades públicas, solidarias, privadas y mixtas, sin importar si tienen o no, ánimo de lucro, lo mismo que a las instituciones y fundaciones que tengan idéntica finalidad y a las entidades promotoras de salud.

Así las cosas, si bien es cierto las sociedades mercantiles de cualquier tipo se encuentran en posibilidad de acceder al proceso concursal en cualquiera de sus dos modalidades, entiéndase concordato o liquidación obligatoria (artículos 90 y 96 de la Ley 222 de 1995), no lo es menos que a él no tienen acceso las personas jurídicas "...sujetas a un régimen especial de intervención o liquidación", como se reitera en el artículo 96 ibídem, contentivo de los requisitos de fondo o sustanciales para que resulte viable jurídicamente la apertura del trámite, el cual contempló como exigencia que el deudor no se encuentre "... sujeto al régimen de liquidación forzosa, ni a otro especial" de donde es necesario concluir que las E.P.S. e I.P.S. no pueden acceder a ninguna de las modalidades de proceso concursal, establecidas en la Ley 222 de 1995.

Para ahondar en razones, debemos detenernos en el Decreto 788 de 1998, en el cual además de reafirmarse la existencia de un procedimiento especial de intervención y liquidación para las E.P.S. e I.P.S, se atribuyó a la Superintendencia Nacional de Salud, las funciones de intervención en el sistema de seguridad social en salud, sobre las Empresas Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Salud, cualquiera sea su naturaleza jurídica, respecto de las cuales, se reitera e insiste, no es posible predicar todos los requisitos sustanciales para la procedencia del proceso concursal.

No se hace extensivo lo anterior a las Empresas de Medicina Prepagada E.M.P., toda vez que al no ser expresamente incluidas en el Decreto citado, no están sujetas a un procedimiento especial de intervención o liquidación, lo que les permite acceder al régimen concursal que contempla la Ley 222 de 1.995 ibídem (Oficio 410-70923 noviembre 5 de 1998) Boletín Jurídico No. 2 de abril de 1999).





## LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS Y LAS EMPRESAS UNIPERSONALES PUEDEN ACCEDER A PROCESOS CONCURSALES ANTE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

La Ley 222 de 1995, regula en los artículos 90 y 214 el régimen de los procesos concursales, y le otorga a la Superintendencia de Sociedades facultades jurisdiccionales en virtud de lo dispuesto en el artículo 116 inciso 3º de la Constitución Nacional de 1991, para conocer del trámite del concordato como de la liquidación obligatoria de las sociedades comerciales, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras.

Como existe una evidente contradicción, entre los artículos mencionados la Superintendencia de Sociedades, sujeta a los principios generales de interpretación de las normas, y respetuosa del espíritu de las mismas, ha entendido que el artículo 214 de la Ley 222 de 1995 derogó tácitamente el artículo 90 de la misma ley, al consagrar una regla opuesta a la incorporada en esta disposición.

Al respecto este Organismo ha señalado en memorando 220-09 del 20 de enero de 1998 lo siguiente:

**En el caso materia de estudio el Despacho encuentra que existe una derogatoria parcial del artículo 90, como quiera que el artículo 214 contempla reglas de derecho, de alcance, contenido y naturaleza distinta, pues mientras el artículo 90 se limita a atribuir a la Superintendencia un conocimiento amplio del proceso concursal, en el sentido que enumera una mayor clase de sujetos sobre los cuales puede ejercerse la competencia, el artículo 214 sustrae del ámbito de la Superintendencia el conocimiento del concordato y la liquidación de las personas jurídicas diferentes a las sociedades comerciales, lo cual corresponde al propósito inequívoco del legislador en el sentido de sustraer del ámbito de la Superintendencia el conocimiento de los referidos asuntos.**

En efecto, mientras que el artículo 90 referido atribuye a los jueces civiles el conocimiento de los procesos concursales de las personas naturales, y a la Superintendencia de Sociedades el de todas las personas jurídicas, llámense sociedades, cooperativas,

corporaciones, fundaciones, sucursales extranjeras, siempre que no estén sujetas a un trámite especial de liquidación o intervención, el artículo 214 por su parte, establece que los jueces conocerán del concordato y liquidación obligatoria de las personas naturales, así como de las personas jurídicas diferentes de las sociedades comerciales.

Por lo anterior, este Organismo ha entendido que la derogatoria es parcial por cuanto el artículo 214 altera tan solo algunos de los elementos del artículo 90, haciéndose necesario determinar cuáles de los entes contemplados en este último artículo corresponden a la categoría de **personas jurídicas diferentes de las sociedades comerciales,** pues éstas, además de las personas naturales, se sustraen de la competencia de la Superintendencia de Sociedades para el conocimiento de un proceso concursal.

Tratándose de las sucursales de sociedades extranjeras y de las empresas unipersonales este Organismos ha considerado lo siguiente:

**Sucursales de Sociedades Extranjeras: Como quiera que este tipo de sujetos tiene la condición de establecimientos de comercio y por lo tanto no encuadran en la descripción que de personas jurídicas contempla la ley colombiana, su proceso concursal no puede ser conocido por los jueces civiles del circuito, pues la competencia de estos se circunscribe a las personas jurídicas diferentes de las sociedades y a las personas naturales, conceptos en los cuales no se enmarcan las sucursales de sociedades extranjeras...**

**Empresas Unipersonales. En relación con estos sujetos, debemos señalar que si bien tienen la connotación de personas jurídicas, con lo cual podría concluirse en principio que los funcionarios competentes para conocer de su proceso concursal serían los jueces civiles del circuito, debemos señalar que la remisión que el artículo 80 de la Ley 222 establece para la aplicación de las reglas previstas para las sociedades, lleva a concluir que esta clase de sujetos se encuentran adscritos a la competencia de la Superintendencia, pues la remisión opera para todos los efectos y no tiene restricción de ninguna clase. (Oficio 220.5962 febrero 24/98).**

De lo anterior se colige que respecto de las sucursales de sociedades extranjeras y de las empresas unipersonales no fue derogado lo dispuesto en el artículo 90 comentado, pues no





pertenecen a la categoría de personas jurídicas distintas de las sociedades comerciales, y que por tanto se mantuvo la competencia de esta Superintendencia para el conocimiento de sus procesos concursales. Respecto de los demás entes contemplados en esa disposición, la competencia se radicó en cabeza de los jueces civiles especializados o jueces civiles del circuito, en virtud de lo dispuesto por el artículo 214 ibídem. (Auto 410-7195 junio 10 de 1999).

**Nota**: (véase sentencia C-180/97 del 10 de abril, mediante la cual se declaró la inexequibilidad, entre otros, el art. 2 num. 17 y art. 23 del Decreto 1080/95).

## LOS PROCESOS CONCURSALES DE LAS SOCIEDADES CIVILES SON DE COMPETENCIA DE ESTA SUPERINTENDENCIA

En primer lugar, es necesario recordar que el artículo 266 de la Ley 222 de 1995, confirió facultades extraordinarias al Presidente de la República, por el término de seis meses, contados a partir de su publicación, "para que determine la estructura, administración y recursos de la Superintendencia de Sociedades con el fin de que se cumpla adecuadamente las funciones que se fijen en la presente ley".

De acuerdo con las anteriores facultades, el Presidente de la República, expidió el 19 de junio de 1996 el Decreto 1080 "Por el cual reestructura la Superintendencia de Sociedades, y se dictan normas sobre su administración y recursos". Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia C-180/97 del 10 de abril de 1997, declaró la inexequibilidad, entre otros, del artículo 2 numeral 17 y el artículo 23 del citado Decreto 1080, que textualmente decían:

"ARTÍCULO 2 NUMERAL 17: Tramitar los procesos concursales de todas las personas jurídicas, llámense sociedades comerciales, sucursales de sociedades extranjeras, empresas unipersonales, empresas industriales y comerciales del Estado, cooperativas,

fundaciones y corporaciones, que no estén sujetas a un régimen especial de intervención o liquidación".

ARTÍCULO 23. La Superintendencia de Sociedades será competente, de manera privativa, para tramitar los procesos concursales de todas las personas jurídicas, llámense sociedades comerciales, sucursales de sociedades extranjeras, empresas unipersonales, empresas industriales y comerciales del Estado, cooperativas, fundaciones y corporaciones, que no estén sujetas a un régimen especial de intervención o liquidación".

La decisión de la Corte Constitucional se basó en el hecho de que con los mencionados artículos se pretendía resolver un conflicto normativo presentado en la Ley 222 de 1995 (artículos 90 y 214), razón por la cual el gobierno se excedió en las facultades que le fueron otorgadas, pues tal labor sólo podía ser desarrollada por el legislador ordinario o por el juez frente a cada caso concreto.

En efecto, el artículo 90 de la Ley 222 mencionada, al asignar las funciones jurisdiccionales a la Superintendencia, estableció que la entidad es competente para conocer del concordato y la liquidación obligatoria de todas las personas jurídicas, llámense sociedades, cooperativas, corporaciones, fundaciones, sucursales extranjeras, siempre que no estén sujetas a un régimen especial de intervención o liquidación. Los Jueces Civiles Especializados o en su defecto, los Jueces Civiles del Circuito tramitarán los procedimientos concursales de las personas naturales.

No obstante la claridad que pudiera generar el texto del mencionado artículo 90, el artículo 214 que regula la competencia de los Jueces Civiles del Circuito consagra una regla completamente opuesta y disonante a la incorporada en el artículo 90, pues establece que los jueces conocerán del concordato y la liquidación obligatoria de las personas naturales, así como de las personas jurídicas diferentes de las sociedades comerciales.

En esta materia el Despacho encuentra que existe una derogatoria parcial del artículo 90, como quiera que el artículo 214 contempla reglas de derecho, de alcance, contenido y naturaleza distintas,





pues mientras el artículo 90 se limita a atribuir a la Superintendencia un conocimiento amplio del proceso concursal, en el sentido que enumera una mayor clase de sujetos sobre los cuales puede ejercerse la competencia, el artículo 214 sustrae del ámbito de la Superintendencia el conocimiento del concordato y la liquidación de las personas jurídicas diferentes a las sociedades comerciales, lo cual corresponde al propósito inequívoco del legislador en el sentido de sustraer del ámbito de la Superintendencia el conocimiento de los referidos asuntos. La derogatoria a la cual nos referimos es parcial, pues no implica alteración de todo el mandato contenido en el artículo 90, sino tan solo de algunos de sus componentes.

Así las cosas, la Superintendencia de Sociedades conoce de los procesos concursales, concordato y liquidación obligatoria, de las sociedades comerciales, sucursales de sociedades extranjeras y empresas unipersonales.

Resulta necesario precisar que si bien el artículo 90 se refiere a las sociedades comerciales, **la Superintendencia conoce igualmente del proceso concursal de las sociedades civiles como consecuencia de la unificación del régimen contemplado en el artículo 1°. de la Ley 222.** (Oficio 220-16115 abril 17 de 1998).

## EVENTOS EN LOS CUALES LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES ES COMPETENTE PARA CONOCER DE PROCESOS CONCURSALES DE ENTIDADES DEPORTIVAS Y CLUBES CON DEPORTISTAS PROFESIONALES

La Ley 181 del 18 de enero de 1995, en su artículo 46 creó el Sistema Nacional del Deporte como un "conjunto de organismos, articulados entre sí, para permitir el acceso de la comunidad al deporte,..."

Las funciones de inspección, vigilancia y control sobre los organismos deportivos, fueron asignadas en el artículo 60 numeral 8 de la citada ley, al Instituto Colombiano del Deporte, "por delegación del Presidente de la República y de conformidad con el artículo 56 de la Ley 49 de 1992 y de la presente Ley, **sin perjuicio de lo que sobre este tema compete a otras entidades."**

A su turno el Decreto 1228 de 1995, artículo 1o., establece que: "Los clubes deportivos, los clubes promotores, los clubes con deportistas profesionales, las asociaciones deportivas departamentales o del distrito capital y las ligas y federaciones deportivas a que se refiere este decreto, son organismos deportivos sujetos a la inspección, vigilancia y control del Estado, e integrantes del Sistema Nacional del Deporte..."

En el Título IV, artículo 34, se reitera que la inspección, vigilancia y control sobre los organismos deportivos será ejercida por Coldeportes y en el parágrafo se establece que "Las funciones de inspección, vigilancia y control a que se refiere este artículo se ejercerán sin perjuicio de la delegación que realice el Presidente de la República conforme al artículo 84 de la Ley 181 de 1995."

Concretamente en el artículo 39 de este decreto se establecen los medios de inspección, vigilancia y control mediante:

"1.- Requerimiento de informes, cuando de oficio o por medio de denuncias se evidencien irregularidades en el desarrollo de sus actividades.

"2.- Solicitud de información jurídica, financiera, administrativa y contable relacionada con el objeto social y su desarrollo, y demás documentos que se requieran para el correcto ejercicio de las funciones de inspección.

"3.- Realización de visitas de inspección con el fin de comprobar el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias, cuyo control le compete, y ordenar que se tomen las medidas a que haya lugar para subsanar las irregularidades que se hayan observado durante su práctica e imponer las medidas correspondientes,





conforme a lo dispuesto en el presente Decreto y demás disposiciones legales.

"4.- Solicitar a la federación deportiva correspondiente, o al Comité Olímpico Colombiano, según el caso, la suspensión de eventos deportivos con participación de selecciones nacionales, y otro tipo de certámenes de la misma naturaleza, cuando a juicio del Director de Coldeportes, no se den las condiciones mínimas para garantizar la seguridad de los participantes y espectadores, o no permitan garantizar que los resultados de las competencias no se afectarán en forma extradeportiva.

"5.- Solicitar a las autoridades competentes de los organismos deportivos de cualquier nivel, la suspensión temporal de los miembros de los órganos directivos, administradores y de control, cuando medie investigación disciplinaria o penal, y exista pliego de cargos o vinculación formal al respectivo proceso penal.

"6.- Solicitar a los tribunales competentes deportivos, la suspensión o el retiro del cargo, de los miembros de los organismos deportivos, cuando se establezca la violación grave de las normas legales, reglamentarias y estatutarias que los rigen.

"7.- Administrar los recursos nacionales con destino a los entes deportivos departamentales, del Distrito Capital, municipales y distritales, si las entidades territoriales no conforman en los plazos previstos en la Ley 181 de 1995, los entes en mención.

"8.- Establecer distintos mecanismos de coadministración en la administración de los recursos nacionales que de conformidad con la Ley 181 de 1995, se le deben transferir a los entes deportivos departamentales, del Distrito Capital, municipales y distritales, cuando éstos den a los recursos una destinación diferente a la prevista en el Plan Nacional del Deporte, la Recreación y Educación Física, y promover las investigaciones ante las autoridades correspondientes."

En este decreto no se establece ningún régimen de intervención o toma de posesión de los bienes y haberes de los clubes de deportistas.

Por su parte, el Decreto 0776 del 29 de abril de 1996, delimita el ámbito de competencia para Coldeportes y esta Superintendencia, en la siguiente forma:

**COLDEPORTES:**

El artículo 12 del mencionado decreto reitera que la inspección, vigilancia y control sobre los clubes con deportistas profesionales continúa a cargo de Coldeportes, ésta se desarrolla principalmente con respecto a la actividad.

**SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES:**

El capítulo IV en sus artículos 20 a 24 se refieren a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades respecto de los clubes con deportistas profesionales, no obstante estas facultades no se ejercen como se hace sobre las sociedades comerciales, sino que se circunscriben **al análisis de la procedencia de los capitales o patrimonio**, para lo cual las personas naturales o jurídicas que adquieran títulos de afiliación, acciones o aportes están obligadas a acreditar la procedencia de tales recursos.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los artículos 90 y 214 de la Ley 222 de 1995, fijaron los límites de competencia de la Superintendencia de Sociedades en materia concursal, se concluye luego del análisis normativo, que es evidente la **posibilidad de acceder las entidades deportivas y específicamente los clubes con deportistas profesionales al trámite concursal**, en sus dos modalidades, siempre que no se encuentren sujetas a un régimen especial de intervención o liquidación.

En cuanto a la Entidad competente para conocer del proceso se presentan dos situaciones:





a).Será competente la Superintendencia de Sociedades para conocer del trámite concursal, en sus dos modalidades, cuando los clubes con deportistas profesionales estén constituidos como sociedades comerciales.

b).En caso contrario, el competente será el juez civil especializado o en su defecto el juez civil del circuito del domicilio.

**Finalmente, en cuanto a la facultad de esta Entidad para decretar y ordenar la liquidación de las mencionadas entidades deportivas no constituidas como sociedades comerciales, es de anotar que este Despacho carece de competencia para ello, toda vez que la facultad otorgada por el Decreto 0776 de 1996 a esta Entidad es muy clara y se refiere exclusivamente al análisis de la procedencia de los recursos con los cuales los socios hicieron su aporte.** (Oficio 220-70385 diciembre 30 de 1997).

## RÉGIMEN NORMATIVO APLICABLE A LAS PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS DEDICADAS A LA CONSTRUCCIÓN Y ENAJENACIÓN DE INMUEBLES DESTINADOS A VIVIENDA, ENTRATÁNDOSE DE PROCESOS CONCURSALES Y COMPETENCIA.

**Régimen legal de intervención sobre la actividad constructora.**

Sea lo primero advertir que la actividad constructora de vivienda ha sido objeto de regulación constitucional cuando en el artículo 313 numeral 7, correspondiente al capítulo 3 del título XI de la organización territorial, establece como de competencia de los concejos municipales reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda. Es decir, este mandato de rango constitucional de intervención sobre la actividad constructora deviene en un control objetivo en la medida en que se da con ocasión

del desarrollo de una actividad determinada y específica de mayor significación social y política que otras de menor entidad.

Con la expedición de la Ley 136 de 1994, por la cual se dictaron normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, se dispuso que el ejercicio de tales funciones de vigilancia y control fuera trasladado a los municipios, después de transcurridos seis (6) meses a partir de la vigencia de la referida ley, esto es, a partir del 2 de diciembre de 1994 (artículo 187).

Por otra parte, "la vigilancia que ejercen dichas entidades territoriales consiste en llevar el registro de las personas naturales y jurídicas que se dedican a las actividades contempladas en la Ley 66 de 1968 y en el Decreto 2610 de 1979, otorgar los permisos para anunciar y desarrollar tales actividades, controlar el otorgamiento de créditos para la adquisición de lotes o viviendas o para la construcción de las mismas, atender las quejas relacionadas con el anuncio y desarrollo de las mismas, atender las quejas relacionadas con el anuncio y desarrollo de las actividades de enajenación de inmuebles sin contar con el permiso correspondiente o sin ajustarse a la verdad de los hechos, con relación a los respectivos planes de vivienda, examinar los negocios de las entidades bajo su control, para cerciorarse de que están funcionando conforme con las disposiciones legales. [1]

**Dualidad de régimen de recuperación y liquidación y organismo competente.**

Ha querido el legislador que las personas naturales o jurídicas que desarrollen actividades de construcción y enajenación de vivienda puedan acceder a dos regímenes diversos, ya sea de recuperación empresarial o de liquidación patrimonial, a saber: Toma de posesión para administrar o liquidar conforme al estatuto orgánico del sistema financiero, Decreto 663 de 1993 y Ley 510 de 1999, o en su lugar concordato o liquidación obligatoria de conformidad con lo establecido en la Ley 222 de 1995.

*[1]. Resolución Nº. 531-2270,septiembre 2 de 1997, Superintendencia de Sociedades.*





Los presupuestos normativos para que estas personas puedan acceder a un concordato o liquidación obligatoria los establece el artículo 125 de la Ley 388 de 1997 en concordancia con los numerales 1 y 6 del artículo 12 de la Ley 66 de 1968, y su acaecimiento corresponde calificarlo bien a la Superintendencia de Sociedades, autoridad cuya competencia privativa para su conocimiento la faculta para ello, o al Juez Civil del Circuito Especializado o Civil del Circuito a falta de aquel, cuando se trate de personas naturales, y dicen relación, por una parte, a que hayan suspendido el pago de sus obligaciones o a que su patrimonio, si se trata de persona natural, o su capital y reservas si es de personas jurídicas, sufra grave quebranto que ponga en peligro la oportuna atención de sus obligaciones y, por otra, a que estén desarrollando la actividad urbanística con sujeción a las disposiciones legales de orden nacional, departamental, municipal o distrital.

Es decir, el acaecimiento de cualquiera de los presupuestos establecidos en los numerales 1 y 6 del artículo 12 de la Ley 66 de 1968, en todo coincidentes con los previstos en el artículo 91 de la Ley 222 de 1995, que hacen referencia a la crisis patrimonial del deudor insolvente y la consecuente incapacidad para el cumplimiento de sus obligaciones, no supone por sí solo la admisión al trámite concursal, pues, adicional y complementariamente, deberá verificarse que el solicitante o convocado esté desarrollando la actividad urbanística con sujeción a las disposiciones legales, esto es, que haya obtenido licencias de construcción, permisos de venta válidamente expedidos por autoridad competente y que esté dando cumplimiento a los demás requisitos técnicos relacionados con la actividad constructora.

Una vez acreditado el cumplimiento de tales presupuestos se procederá a la admisión respectiva, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97 de la Ley 222 de 1995, en cuanto a los requisitos formales para acceder al proceso concursal, y el procedimiento aplicable será el previsto en la ley mencionada.

De otra parte, cuando quiera que respecto de tales personas se den los supuestos establecidos en los numerales 2, 3, 4, 5 y 7 del artículo 12 de la Ley 66 de 1968, (causales para la toma de

posesión) no procederá el trámite concordatario o de liquidación obligatoria de que trata la Ley 222 de 1995 en sus artículos 89 y siguientes, sino la toma de posesión de sus negocios, bienes y haberes, ya sea para administrarlos o liquidarlos, en los términos de la mencionada ley y del estatuto orgánico del sistema financiero y demás normas que lo complementen o modifiquen, independientemente de que estén desarrollando la actividad urbanística en legal forma.

En conclusión, cuando la respectiva entidad territorial disponga la toma de posesión de los negocios, bienes y haberes de una persona natural o jurídica dedicada a la actividad tantas veces referida, ya sea para administrar o liquidar, dicho trámite se llevará a cabo conforme al procedimiento establecido para el efecto en la Ley 66 de 1968 y en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto 663 de 1993, artículo 291 y siguientes, y demás normas que lo modifiquen y complementen.

**Luego, resulta de suyo obvio que los municipios no son competentes para conocer y tramitar procesos concursales de concordato y liquidación obligatoria de ninguna persona natural o jurídica en los términos de la Ley 222 de 1995, así como tampoco lo será la Superintendencia de Sociedades ni el Juez Civil del Circuito Especializado para la toma de posesión para administrar o liquidar, respecto de personas naturales o jurídicas dedicadas a la construcción o enajenación de inmuebles destinados a vivienda.** (Oficio 220-87593 septiembre 22 de 1999).

## ALGUNOS PRINCIPIOS APLICABLES EN LOS PROCESOS CONCURSALES

### LA PRECLUSIÓN

Si bien es cierto la Constitución Política contempla en su artículo 228, la prevalencia del derecho sustancial sobre asuntos de carácter procesal, también lo es, que la misma disposición advierte que los





términos procesales se deben observar con diligencia y su incumplimiento será objeto de sanción pertinente.

Así las cosas, el artículo 117 del Código de Procedimiento Civil contempla que los términos y oportunidades señalados en dicho código para la realización de los actos procesales de las partes y los auxiliares de la justicia, son perentorios e improrrogables, salvo disposición en contrario.

No debe perderse de vista que el concordato es un proceso de carácter universal que se rige por la ley 222 de 1995 y en lo no previsto, por la norma del Código de Procedimiento Civil.

### APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA CONVALIDACIÓN Y LEALTAD PROCESAL

"...El artículo 144, ordinal 3º del Código de Procedimiento Civil prevé que la nulidad se considera saneada "Cuando la persona indebidamente representada, citada o emplazada actúa en el proceso sin alegar la nulidad correspondiente".

Sobre este punto, es válido consigna en esta providencia lo expuesto en la sentencia de julio 24 de 1985. Mag. Pon. Horacio Montoya Gil. Código de procedimiento Civil (Jurisprudencia y Doctrina 1991).

"...En todo lo concerniente al saneamiento, el artículo 156 establece que se considera saneada la nulidad, cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente, es decir, tan pronto como pudo actuar en el proceso y tener conocimiento de ella, de tal modo que si posteriormente lo alega, el juez debe rechazarla de plano. Y, cuando se trata de falta de citación o emplazamiento en legal forma, o de inadecuada representación, si esa persona concurre al proceso actúa sin alegar simultáneamente la nulidad, dice el numeral 3º. del misma artículo se entiende que la sanea. Lo anterior no es más que la aplicación de los principios de convalidación y la lealtad procesal, pues, según el primero, dado el carácter dispositivo del proceso civil, a las partes les es permitido la ratificación expresa tácita de las actuaciones irregulares cuando sólo las afecte a ellas;

y, en virtud del segundo, se busca impedir la maniobra desleal de alegarla solamente si el proceso en su marcha se presenta desfavorable a esa parte":

## EL DEBIDO PROCESO

El proceso concursal pertenece a la clase de procesos dirigidos a personas indeterminadas, motivo por el cual es requisito necesario la publicación del edicto emplazatorio en un periódico de amplia circulación, sin que con ello se incurra en la causal 9 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, sino por el contrario ello garantiza el debido proceso como lo contempla nuestra carta política en su artículo 29.

Respecto del artículo 140, numeral 9 citado es necesario precisar que se refiere a las distintas causales de nulidad contempladas por la ley procesal vigente, las cuales pueden darse en un determinado proceso, sin que se establezca alguna distinción con respecto al tipo de proceso en el que deba ocurrir la misma.

De otra parte, debe reiterarse que el artículo 144 de dicho ordenamiento procesal, hace mención a los casos en los cuales se considera saneada la nulidad sin que se establezca igualmente distinción con relación al tipo de proceso en la cual acontezca la misma, bien puede ser aplicable para efectos de procesos de carácter universal, como el proceso concordatario, o bien para procesos ordinarios.

Debe concluirse entonces, que cuando el legislador no distingue, no le es dable hacerlo al intérprete. (Auto 410-5568 abril 30 de 1999).

## TÉRMINO PARA LA FIJACIÓN DE ESTADOS EN LOS PROCESOS CONCURSALES

### Funciones jurisdiccionales radicadas en entidades administrativas – administración de justicia

Es sabido que la estructura del Estado está conformada por diferentes órganos que tienen funciones separadas y especificas, pero que deben





colaborarse armónicamente (artículo 113 C.P.), con el fin de lograr lo señalado en el Preámbulo como en los artículos 1 y 2 de la Carta Política. La división tripartita del poder público marca los límites dentro de los cuales se dirige cada una de las ramas que lo conforman, y a su vez conduce las relaciones de quienes hacen parte del Estado.

En cumplimiento de los fines contenidos en estas normas, el constituyente consideró oportuno extender la función jurisdiccional a ciertas instituciones administrativas, conservando la separación e independencia de las ramas y de los órganos del Poder Público. En efecto, el artículo 116 de la Constitución contempla la posibilidad de que el legislador atribuya funciones jurisdiccionales en materias precisas a determinadas autoridades administrativas, facultándolas así para conocer y dirimir conflictos de orden jurídico.

Como dijo la Corte Constitucional, "*el artículo 116 de la Carta Política faculta a otras instituciones del Estado (Congreso, Tribunales Militares) o a otras personas (autoridades administrativas, particulares) para administrar justicia, sin que ellas hagan parte de la rama judicial*". (Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1.996. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa). (La subraya no es del texto).

Se colabora así con la administración de justicia, al buscar hacer realidad a los principios y valores que inspiran al Estado social de derecho, pues ésta no puede ser entendida de manera puramente formal, sino que radica en la posibilidad real y verdadera, garantizada por el Estado, de obtenerse pronta resolución con el lleno de los requisitos legales.

### CARÁCTER JURISDICCIONAL DE LOS PROCESOS CONCURSALES.

Desde el año de 1989 con la expedición del Decreto 350 y ratificado posteriormente por la Ley 222 de 1995, título 2°. capítulo 2°, el legislador concedió a la Superintendencia de Sociedades funciones de carácter jurisdiccional a través del artículo 90 de la Ley 222, lo cual conduce a afirmar que la Entidad es juez de los procesos concursales.

El Consejo de Estado que respecto al punto ha sostenido: *"La naturaleza jurisdiccional que la ley le ha dado a la función que la Superintendencia cumple como juez del concordato, es armónica con la materialidad del asunto, puesto que se trata de conflictos entre intereses de particulares, por los efectos jurídicos de las decisiones y las medidas que le está autorizado tomar dentro del proceso, tanto que tienen necesaria incidencia en otros procesos judiciales. Más aún, las características del trámite, con regulación especial, complementada por el Código de Procedimiento Civil y el Código de Comercio, sin que en la remisión a otros ordenamientos se haga mención del C.C.A., erige la actuación respectiva en un verdadero proceso judicial, aplicable también por los jueces civiles especializados o en su defecto, del Circuito, en tratándose de concordatos de personas naturales".* (C.P. Dr. Juan Alberto Polo Figueroa, Exp. 4706. Actor Fiduciaria Anglo S.A. Fiduanglo).

**DECRETO 2150 DE 1995**

Si bien el artículo 2o. extiende los horarios al público de las entidades de la administración pública, no coincidentes con la jornada laboral común, no es menos cierto que el artículo 150 del mismo hace especial énfasis en el sentido de que nada de lo dispuesto en él, afecta las normas vigentes cuando las regulaciones, trámites o procedimientos se encuentran consagrados en códigos, leyes orgánicas o estatutarias.

Esto, por cuanto no debe olvidarse que buena parte de la aplicación y efectividad de las normas constitucionales se logra por medio de la creación de preceptos expedidos en ejercicio del poder legislativo y reglamentario. Por tanto se hace obligatorio la aplicación de lo consagrado por el artículo 10 (1) del Código Civil, subrogado por la Ley 57 de 1887 artículo 5o, al manifestar que la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general.

Sobre la base de la anotado, el artículo 321 (4) inciso 2º del Código de Procedimiento Civil, es explícito cuando ordena fijar el estado en un lugar visible de la secretaria, debiendo permanecer allí durante las horas de trabajo del respectivo día. (Subrayas nuestras).





Debe considerarse que el ordenamiento jurídico se encuentra dispuesto para el respeto, no solo de las formas propias de la validez jurídica en cada uno de los estratos jurídicos del ordenamiento, sino también, y de manera prioritaria según lo ordena el artículo 228 de la Carta, para el seguimiento de los contenidos propios del texto constitucional. Dicho de otra manera, la norma constitucional, además de fijar las normas de su aplicación, impone el sentido de su realización; establece no sólo las condiciones de su validez, sino también las exigencias de su eficacia.

Todo por cuanto si el derecho guarda las formas debidas pero no cumple sus objetivos, nos enfrentamos ante un problema de funcionamiento pero no de estructura, pues no puede olvidarse que las normas son expedidas con el único objeto de hacer realidad un valor, un principio, un derecho o una institución, que canalizados se convierten en instrumentos de realización del derecho, debiendo mantener los principios constitucionales y en ningún momento desvirtuarlo o destruirlo.

Por lo expresado debe concluirse que el horario de fijación del estado, el cual se amplía a los traslados, debe ser el comprendido entre las 8:00 A.M. y las 5:00 P.M., de la jornada laboral, sin que ello contravenga norma alguna. (Oficio 220-58370 julio 18 de 1999).

## PODERES Y DOCUMENTOS QUE REQUIEREN PRESENTACIÓN PERSONAL O RECONOCIMIENTO SEGÚN LA LEY 446/98 ART. 11

El artículo 251 del Código de Procedimiento Civil se encarga de conservar la clasificación romana respecto de la clase de documentos así, los divide en públicos y privados, siendo el primero el otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención; y el segundo como aquel que no reúne los requisitos para ser documento público.

Ahonda la citada disposición que entratándose de un encargo autorizado, o suscrito por el respectivo funcionario, es un instrumento público cuando es otorgado por un notario o quien haga sus veces

y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, evento en el cual se denomina escritura pública.

Siendo esto así, si bien en su momento era de obligatorio cumplimiento la aplicación del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, en el sentido de equiparar a las copias y el original, siempre y cuando, como decía su numeral 1o, "hayan sido autorizadas entre otros por el director de la oficina administrativa, el cual debe ostentar la facultad para ello y con los requisitos de ley". Ahora bien, recientemente se expidió la Ley 446 del 7 de julio de 1.998 que en su artículo 11 manifiesta textualmente "*Autenticidad de documentos*. En todos los procesos, los documentos privados presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se reputarán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con los documentos emanados de terceros".

Con meta meramente didáctica, viene al caso el instructivo 04 de 1996 emanado de la Superintendencia de Notariado y Registro, el cual hace clara diferencia entre autenticaciones y reconocimiento en los siguientes términos:

"(...) En la autenticación el notario testimonia que la firma de un documento fue puesta en su presencia o corresponde con la registrada, en tanto que el reconocimiento da fe de la comparecencia de la persona o interesado, quien es el que emite la declaración de certeza del documento y correspondencia de la firma con la suya; tampoco puede ignorarse que la autenticación no es equivalente al reconocimiento, ni confiere mayor fuerza a la de que por si tiene el documento y que sólo procede respecto de documentos de los cuales no emanen directamente obligaciones (D.L. 960/70. Art. 77).

Y en este orden de ideas, cuando se trate de poderes o documentos que de acuerdo con la ley requieran de presentación personal o de reconocimiento, por ser fuente directa de obligaciones, es menester, además de imprescindible, que el proceso de perfeccionamiento de esta diligencia sea efectivamente presidido por el notario, vale





decir, no puede ni debe delegarse en ninguno de los empleados de la notaría, y en modo alguno, procede a través de la firma registrada".

Concluyendo, bien lo dice una máxima latina *Ubi Lex Non distinguit Nec nos distinguere debemus,* no se debe distinguir donde la ley no distingue.(Oficio 220-49663 agosto 24 de 1998).

## LA ACUMULACIÓN PROCESAL ES VIABLE EN EL CONCORDATO, NO ES PROCEDENTE EN LA LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA

Si se examina el comportamiento del legislador colombiano en cuanto a la acumulación en los procesos concursales, puede concluirse que la constante ha sido considerar conveniente la acumulación únicamente en el concordato.

En efecto, en la regulación contenida en el Código de Comercio para la quiebra y el concordato preventivo potestativo y el obligatorio no se encuentra disposición de ningún tipo que establezca la acumulación de los procesos mencionados. Tan solo la ley se ocupaba de regular la acumulación de los procesos ejecutivos que se adelantaban contra el deudor concursado al trámite bien del concordato o de la quiebra.
Con la expedición del Decreto 350 de 1.989 se encuentra que el legislador introdujo por primera vez la posibilidad de acumulación procesal de dos concordatos en el artículo 44, para lo cual se ocupó de regular en detalle tal fenómeno.

La Ley 222 de 1.995 siguió la orientación a la cual nos hemos referido y previó únicamente la acumulación en el concordato, mas no en la liquidación obligatoria.

De ahí que sea necesario precisar si habrá lugar a la aplicación de la acumulación a esta modalidad de trámite concursal, aspecto del cual nos ocuparemos adelante.

## REQUISITOS DE LA ACUMULACIÓN PROCESAL PARA EL CONCORDATO

A fin de ocuparnos sobre este tópico, el Despacho estima necesario transcribir el artículo 148 de la Ley 222 que se ocupa de regular este aspecto:

"ACUMULACION PROCESAL.

Cuando simultáneamente con el trámite del concordato y antes de ser aprobado el acuerdo, se adelanten concordatos de otras entidades vinculadas entre sí por su carácter de matrices o subordinadas, o cuyos capitales estén integrados mayoritariamente por las mismas personas, sea que éstas obren directamente o por conducto de otras personas jurídicas, de oficio o a solicitud de cualquiera de los acreedores o del deudor, la Superintendencia de Sociedades decretará la acumulación de ellos, mediante el trámite que para la acumulación de procesos establece el Código de Procedimiento Civil."

De conformidad con el contenido de la disposición transcrita, para que proceda la acumulación de los concordatos se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

**1. Que se estén adelantando dos concordatos y los mismos se encuentren en trámite.**

Teniendo en cuenta que una vez aprobado el acuerdo concordatario termina el trámite y empieza la ejecución, el juez del concurso pierde competencia en cuanto al trámite como tal, la ley ha previsto que la acumulación no procede una vez se haya aprobado el acuerdo, pues si la finalidad de la acumulación es tramitar simultáneamente dos asuntos, ésta se frustraría si uno de los trámites ya feneció.

Esta exigencia resulta armónica con la establecida por el estatuto procesal civil en el sentido que los dos procesos se encuentren en la misma instancia y tratándose del concordato que se tramita ante la Superintendencia, no existe mayor inconveniente como quiera que el trámite es de única instancia.





**2. Que se tramiten concordatos de entidades vinculadas entre sí por su carácter de matrices o subordinadas.**

Este requisito guarda consonancia con los establecidos por el estatuto procesal civil, en el sentido que los asuntos materia de la acumulación deben tener una conexidad o relación, presupuesto que en una situación concursal, no es otro que la relación íntima que exista entre los deudores que tramitan un concordato, relación que debe ser cualificada pues no es suficiente cualquier vínculo, sino es necesaria una relación verdaderamente fuerte o estrecha, a saber: que las entidades tengan la condición de matrices o subordinadas.

Lo anterior se explica por el hecho de que normalmente cuando la sociedad subordinada está en una crisis económica que impone la apertura del concurso, dicha situación es predicable igualmente de la matriz, pues las relaciones económicas que entre ellas puedan existir, suponen que la situación de crisis sea común, más aún cuando tienen conexidad en las operaciones que realizan vr. gr. cuando una compañía es productora y la otra comercializadora de los productos de aquella, motivo por el cual la situación de crisis no puede ser vista de manera aislada, sino que necesariamente ha de ser analizada bajo la connotación que se deriva del control.

En efecto, el hecho de ostentar la condición de matriz y subordinada y que en consecuencia ésta no tenga libertad absoluta en la adopción de decisiones, ni por ende en la determinación de su futuro, por el hecho de depender de otra, implica que el análisis de la situación económica no se realice de manera aislada, sino teniendo en cuenta la condición de subordinación y dependencia que supone el fenómeno del control societario.

**3. Que se tramiten concordatos de compañías cuyos capitales estén integrados mayoritariamente por las mismas personas, sea que obren directamente o por conducto de otras personas jurídicas.**

En relación con esta exigencia se hacen extensivos los comentarios formulados anteriormente.

**4. La acumulación puede darse de oficio o a solicitud de cualquiera de los acreedores o del deudor.**

A diferencia del estatuto procesal civil, la Ley 222 de 1.995 establece que la acumulación puede darse aún sin que medie para ello petición, lo cual pone en evidencia el carácter oficioso del asunto que se debate.

**5. La acumulación se decretará previo el trámite que para la acumulación de procesos establece el Código de Procedimiento Civil.**

**IMPROCEDENCIA DE LA ACUMULACION PROCESAL EN LA LIQUIDACION OBLIGATORIA.**

Tal como atrás se señaló, la Ley 222 no consagró una regla precisa para la acumulación cuando el trámite que se adelante sea el de la liquidación obligatoria, razón por la cual se hace necesario precisar si en este caso procede o no la misma.
El hecho de que la Ley 222 haya guardado silencio al respecto no implica de por sí la expresión inequívoca del legislador en el sentido que la acumulación proceda en la liquidación, invocando la aplicación analógica, pues de acuerdo con lo expuesto la acumulación se justifica en el concordato mas no en la liquidación obligatoria como enseguida se expone.

En efecto, la liquidación obligatoria no persigue la conservación de la empresa, ni tiene como finalidad propia la celebración de un acuerdo que regule las obligaciones insolutas a cargo del deudor, sino que procura la realización de los bienes para atender todas y cada una de las obligaciones a su cargo, no habiendo un punto que justifique o que haga necesaria o conveniente la acumulación, como sería la posibilidad de celebrar un mismo acuerdo concordatario con el cual se preserve la conservación de la matriz y subordinada. No debe echarse de menos en este análisis el hecho de que la regulación establecida por la ley concursal tiene efectos únicamente procesales y no sustanciales, lo cual significa que cada entidad responderá con sus bienes por sus obligaciones; si los efectos de la acumulación fueran sustanciales resultaría conveniente





la aplicación de la figura, pues ello necesariamente incidiría en la forma en que habrían de atenderse las obligaciones a cargo del deudor.

Tal como atrás se puso de presente, la acumulación que regula la ley concursal es la referente a los procesos ejecutivos contra el deudor, la cual dicho sea de paso se aplica en la liquidación obligatoria por una expresa consagración del artículo 208 de la Ley 222 de 1.995.

No sobra advertir que en las remisiones establecidas en el artículo 208 para el concordato, no se contempla la referente a la acumulación procesal, lo cual pone en evidencia el querer del legislador en el sentido de no incluir esta figura en la liquidación obligatoria. Si su intención hubiera sido permitir la acumulación procesal en la liquidación, habría consagrado bien una disposición especial o la incluiría en la regla de remisión a la cual nos hemos referido.

Finalmente debe tenerse en cuenta que así como no resulta viable la aplicación analógica de la regla del concordato a la liquidación obligatoria, habida cuenta de la carencia de un aspecto que justifique su implementación en la liquidación como es obvio que existe en el concordato, tampoco resulta procedente aplicar las disposiciones del estatuto procesal civil por idéntica razón, máxime si se tiene en cuenta que para la aplicación de la acumulación procesal en el concordato fue necesaria la expedición de una regla especial que lo consagrara expresamente, la cual se reitera e insiste, jamás fue prevista para la liquidación obligatoria. (Oficio 220-47085 agosto 10 de 1998).

## PROCEDENCIA DE LA INSCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN REVOCATORIA EN LOS PROCESOS CONCURSALES

El propósito de la acción revocatoria prevista para las dos modalidades del proceso concursal es uno sólo: Reintegrar al patrimonio del deudor, los bienes que salieron del mismo cuando

quiera que se verifique alguno de los supuestos de hecho contemplados en el artículo 146 de la mencionada Ley 222 de 1995 para el caso del concordato; o en el artículo 183 ibídem, si se está frente a una liquidación obligatoria, en el entendido que ello hubiese comportado un perjuicio a cualquiera de los acreedores o afectado el orden de prelación de pagos, o se haya disminuido el patrimonio del deudor en detrimento de los intereses o derechos de los acreedores, como lo dispone el artículo 183 citado.

Revisadas las normas contenidas en el Capítulo III de la Ley 222 (De la Liquidación Obligatoria), Sección VIII (De las acciones revocatorias), se observa que en el artículo 188 se estableció de manera expresa como una de las medidas cautelares, la facultad del juez competente para decretar de oficio o a solicitud de parte, la inscripción de la demanda cuando lo considere pertinente para asegurar las resultas de las acciones revocatorias de los actos del deudor.
En el Capítulo II de la mencionada ley (Del Concordato), no se previó norma semejante, a pesar de ser evidente que la finalidad perseguida por la ley en este caso, es igualmente lograr la efectividad de la acción revocatoria cuando a ella hubiere lugar y que ésta no se conseguiría, si no fuere posible decretar la medida cautelar de la inscripción de la demanda.

Si bien este Despacho así lo consideró anteriormente, el hecho de que tratándose del proceso concursal en la modalidad de concordato se haya establecido que las acciones revocatorias deben instaurarse ante el juez civil del circuito, mediante el trámite del proceso verbal de mayor o menor cuantía, el cual no incluye la inscripción de la demanda, no puede conducir per se a concluir que sea improcedente decretar dicha medida, pues ello conllevaría a hacer nugatoria la teleología de la norma que contempla las acciones revocatorias dentro del tal trámite.

En es orden de ideas corresponde analizar con un criterio más amplio las reglas de interpretación que permitan hallar el sentido en virtud del cual se garantice el fin que se busca a través de la figura invocada, de donde se impone acudir al artículo 5 de la Ley 153 de 1887, de acuerdo con el cual "Dentro de la equidad natural





y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislado y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes" (La subraya es nuestra).

Para una mejor comprensión, ha de señalarse que el Diccionario de la Lengua Española (Vigésima Edición 1984) define incongruencia como: "Falta de congruencia"; al paso que congruencia, es difinido como: "Conveniencia, oportunidad, relación lógica".

Lo anterior por cuanto en opinión de este Despacho, la situación que se presenta en el caso materia de análisis, constituye justamente un problema de incongruencia, razón por la cual resulta pertinente detenerse en el Código Civil, el cual en el artículo 30 dispone: "El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía". Armonía que se echaría de menos si se negara la posibilidad de decretar la inscripción de la demanda dentro de las acciones revocatorias instauradas en contra de un deudor sujeto a concordato.

La Corte Constitucional en Sentencia No. T-001 de enero 12 de 1993. M.P., Jaime Sanin Greiffestein, indicó: "Es debido aquel proceso que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarios para garantizar la efectividad del derecho material".

En el mismo sentido la citada Corte en Sentencia No. C-214 del 28 de abril de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell, precisó: "Corresponde a la noción de debido proceso, el que se cumple con arreglo a los procedimientos previamente diseñados para conservar las garantías que protegen los derechos de quienes están involucrados en la respectiva relación o situación jurídica, cuando quiera que la autoridad judicial o administrativa deba aplicar la ley en el juzgamiento de un hecho o una conducta concreta, lo cual conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho a la imposición de una obligación o sanción":

Con base en lo expuesto, este Despacho concluye luego de este nuevo análisis que resulta viable desde el punto de vista legal decretar la mediada cautelar de la inscripción de la demanda en acciones revocatorias instauradas contra un deudor sujeto a concordato o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor, máxime que si para asegurar la efectividad de la acción en el caso de la liquidación obligatoria, la medida fue expresamente consagrada en los términos del artículo 188 de la Ley 222 de 1995, mal podría impedirse su procedencia en el concordato, cuando el propósito frente a las dos modalidades del proceso es que puedan reintegrarse al patrimonio del deudor los bienes objeto de la acción, el cual se vería frustrado de admitir la posición contraria. (Oficio 220-36167 abril 29 de 1999).

## EL DECRETO DE EMBARGOS, LEVANTAMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES, CANCELACIÓN O MODIFICACIÓN DE GRAVÁMENES, ESTÁN EXENTOS DE PAGO DE DERECHOS DE REGISTRO

"Mediante Instrucción Administrativa número 027 de 1992, expedida por la Superintendencia de Notariado y Registro, aclarada por la número 029 del mismo año, se fijaron unas directrices en cuanto a la obligación de radicar por ventanilla las solicitudes de certificados de tradición y libertad **en la inscripción de medidas cautelares y actos administrativos en general por parte de las entidades exentas** (negrilla fuera de texto), así como se determinaron de acuerdo con el artículo 6º. Del Decreto 1708 de 1989, los casos en que haya lugar a las exenciones del pago por concepto de derechos registrales".

Más adelante se conceptúo que "...dichas solicitudes efectuadas por las entidades en mención no causarán derechos por concepto del servicio registral".

Esta Superintendencia, como juez del concordato está facultada directamente por la ley para decretar el embargo de los activos de





deudor cuya enajenación esté sujeta a registro, declarados en la relación de activos, y para librar de inmediato los oficios a las correspondientes oficinas para su inscripción", para que en la providencia de aprobación del acuerdo concordatario, ordene a las autoridades o entidades correspondientes la inscripción de dicha providencia, junto con la parte pertinente del acta que contenga el acuerdo concordatario, así como para ordenar el levantamiento de las medidas cautelares vigentes, salvo que en el acuerdo se haya dispuesto otra cosa (artículo 137 Ley 222 de 1995); y para que una vez aprobado el acuerdo celebrado entre la sociedad y sus acreedores, ordene la cancelación o la reforma de gravámenes constituidos sobre bienes del deudor, conforme a los términos del concordato (artículo 138 ibidem).

Como se puede observar, cuando la Superintendencia de Sociedades solicita el levantamiento de las medidas cautelares que pesan sobre los bienes de la sociedad, lo hace de manera unilateral con las facultades otorgadas por la Ley 222 de 1995, ley que rige los procesos concursales; y no como consecuencia de un pacto o convenio con particulares, en cuyo caso de acuerdo con el Decreto 1708 de 1989, serán éstos los que pagarán la totalidad de los derechos que se causen (artículo 6º.) (Oficio 410-60514 de junio 25 de 1999).

## LA CESIÓN DE CRÉDITOS Y/O DERECHOS LITIGIOSOS, INCORPORADOS EN UN PROCESO CONCURSAL, NO ESTÁN EXENTOS DEL PAGO DEL IMPUESTO DE TIMBRE

Frente al impuesto de timbre, el artículo 27 de la Ley 223 de 1995, adicionó el artículo 530 y modificó el numeral 9 del Estatuto Tributario, el cual contempla las exenciones tributarias del pago del impuesto de timbre a ciertas y determinadas actuaciones y documentos.

El numeral 9 del artículo 27 de la citada Ley 223 que modificó en lo pertinente el artículo 519 del Estatuto Tributario, es una excepción

a la regla general de la causación del pago del impuesto de timbre y además es una norma posterior y especial a la del artículo 519 ibídem (Ley 153 de 1887, artículo 2).

Como quiera que el título que contiene el crédito se recoge en los pagarés presentados en su oportunidad al concordato, su traspaso se realiza por medio de endoso (exento del pago del impuesto de timbre) el cual se surte por intermedio del juez, mediante la comunicación a la deudora y a las partes acreedoras, pues se trata de varios pagarés cuya entrega real y material del cedente al cesionario, no es posible directamente con la nota de cesación o traspaso, pero que es jurídicamente viable y procedente a través del juez.

Se impone resaltar que la claridad del artículo 27 numeral 9 de la Ley 223 es incuestionable al establecer como excepción para el pago del impuesto de timbre "El endoso de títulos valores y los documentos que se otorguen con el único propósito de precisar las condiciones de negociación..." (subraya no es del texto legal).

Los títulos valores que sirven de soporte a las obligaciones reclamadas e incorporados procesalmente al expediente, que se pretendan transferir no puede efectuarse a través de la ley de circulación de los títulos valores, siendo claro que respecto de tales títulos no procede su endoso, constituyéndose ello en una excepción a la regla contenida en el artículo 651 del Estatuto Mercantil, lo cual de ninguna manera y bajo ninguna circunstancia significa que no sea posible la transferencia de los derechos de contenido crediticio que ellos involucran.

En este orden de ideas, aparece prima facie que los documentos contentivos de operaciones de compra venta de cartera que no tengan como único propósito precisar las condiciones de la negociación, no están exentos del pago del impuesto de timbre conforme a lo preceptuado en el numeral 9 del artículo 27 de la Ley 223 de 1995.

En cuanto al planteamiento que sostiene que el deudor frente a una cesión de crédito que se hace contener en el documento de venta





de cartera, se limita a conocer quien es su nuevo titular, se hace necesario acudir al artículo 1960 del Código Civil disposición en donde se consagra: "La cesión **no produce** efecto contra el deudor ni contra terceros, **mientras no ha sido notificada por el cesionario del deudor o aceptada por este",** de manera que carecería de respaldo legal el tener a una persona natural o jurídica como cesionaria del crédito de una cualquiera persona natural o jurídica dentro de un determinado proceso concordatario, sin que previamente se acredite ante el juez concursal el cumplimiento de la exigencia a la que alude la norma en cita , pues de lo contrario se estaría contraviniendo el citado mandato legal, habida cuenta que el acatamiento de tal requisito debe ser anterior a la solicitud dirigida al juez de conocimiento, el cual no esta llamado a suplir las deficiencias de un memorial, pues tal conducta sería reprobada habida cuenta de su carácter discriminatorio y violatorio del principio constitucional de igualdad.

Igualmente, este Despacho comparte íntegramente los términos del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia contenidos en los apartes de la providencia invocada por el impugnante, toda vez que la transferencia de los derechos crediticios incorporados en un título valor que haga parte de un expediente, puede cederse por medio de memorial dirigido al juez, memorial que además de cumplir con la exigencia contenidas en el Código Civil, habrá de estar acompañado de la respectiva constancia de pago de impuesto de timbre, cuando sea el caso.

Por último, conviene hacer énfasis en que "....cuando se trata de un título que obre en autos, no es posible la entrega real de él al **cesionario** con la nota de traspaso; y la entrega o tradición se lleva entonces a cabo por medio del memorial dirigido por el acreedor ejecutante al juez de la causa...". (Auto 410-161 enero 7 de 1999).

# LAS OBLIGACIONES FISCALES PENDIENTES DE PAGO NO PUEDEN SER COMPENSADAS CON SALDOS A FAVOR DEL ACREEDOR, POR CUANTO EL CRÉDITO DEBE PRESENTARSE DENTRO DEL CONCURSO.

## 1. Carácter universal de los concursos.

Los procesos concusales suponen el llamamiento a todos y cada uno de los acreedores del deudor concursado, para que concurran al proceso a fin de diseñar con el deudor las reglas que le permitan atender las obligaciones a su cargo y en consecuencia superar las dificultades por las cuales atraviesa la empresa cuando se trata de un concordato, o, establecer de manera precisa la existencia, cuantía y naturaleza de las obligaciones a cargo del deudor para que con la realización de todos los bienes que conforman la "masa concursal", se atiendan las obligaciones a su cargo, respetando los privilegios y preferencias consagrados en la ley, cuando se trate de una liquidación obligatoria.

En atención al carácter universal de los concursos, la ley ha establecido que a los acreedores no les es permitido efectuar el recaudo de su crédito frente al deudor a espaldas del concurso, pues este corresponde a un derecho de ejecución universal de todos los acreedores. Sobre este particular la doctrina ha expresado:

"Los procedimientos concursales se han instituido para garantizar el derecho de persecución que tienen los acreedores sobre la totalidad de los bienes presentes y futuros, muebles o inmuebles del deudor, salvo los inembargables. Este derecho de persecución se realiza en virtud del principio universal que "el patrimonio del deudor es prenda común de los acreedores". Por consiguiente es un derecho que pertenece a todos los creedores y no a uno sólo; se concreta cuando el deudor, debido a su impotencia patrimonial, no ha cumplido con el pago de sus obligaciones con sus acreedores y éstos se ven compelidos a iniciar las acciones de ejecución universal o concurrentes sobe la totalidad del patrimonio del deudor"





(Sanguino Sánchez Jesús María. Cesación de pagos en los procesos concursales. 1ª. Edición, Ediciones Librería El Profesional, Bogotá 1982, página 21).

En relación con el carácter universal del concordato, rasgo que también es predicable de la liquidación obligatoria, esta Superintedencia ha señalado:

**"1.6. LA UNIVERSALIDAD DEL CONCORDATO:**

El concordato es un proceso de carácter universal que tiene los siguientes puntos de vista: objetivo, subjetivo y procesal: Es objetivo porque comprende todo el patrimonio realizable del deudor, sin la individualización que caracteriza los proceso de carácter ejecutivo, en los cuales el acreedor insatisfecho persigue cosas o bienes concretos; subjetivo, porque es un proceso en el que deben actuar como demandantes o postulantes todos los acreedores del deudor insolvente, titulares de derechos de carácter patrimonial exigibles al deudor al tiempo de abrirse el concordato; y procesal, porque atrae y consolida en torno a un solo conductor todos los procesos ejecutivos que se estén adelantando contra el deudor, no para reemplazar a los jueces que venían conociendo de tales asuntos sino más bien para permitir que reunidos todos los acreedores pueda lograrse un diagnóstico y una formula concordataria razonablemente aceptada por la mayoría" (Auto 410-3480 del 4 de junio de 1997 -Subrayas fuera de texto).

En efecto, los artículos 99 y siguientes de la Ley 222 de 1995, aplicables igualmente al trámite de la liquidación obligatoria por expresa remisión del artículo 208 del mencionado estatuto, establecen que una vez decretado el concordato o la liquidación obligatoria, no les es permitido a los acreedores adelantar procesos ejecutivos, razón por la cual, el juez deberá proceder a rechazar las demandas del caso, pues toda la competencia relacionada con las acreencias insolutas a cargo del concursado es del resorte exclusivo del juez del concurso. En idéntico sentido, las normas han establecido que los procesos ejecutivos en curso deberán ser remitidos al juez que conoce del concurso a fin de que obren como créditos allegado al mismo.

Las reglas que se comentan comportan necesariamente un reconocimiento del carácter universal del concurso y por lo tanto impiden al acreedor el ejercicio de derechos que en la vida normal de una compañía la ley le otorga, como sucede tratándose del derecho a la ejecución singular del deudor.

En desarrollo de la línea de pensamiento que se expone, los artículos 120 y 158 de la Ley 222 establecen que todos los acreedores del deudor, sin distingo de clase, naturaleza o cuantía de la obligación deberán hacerse parte en el trámite concursal dentro de las oportunidades previstas por la ley, so pena de que haya lugar a la aplicación de las sanciones que establece la ley por su desacato.

Sobre este tópico, esta entidad ha expresado:

"...porque mediando el proceso concursal todos los acreedores, sin distingo de cuantía, clase y apetito, deben someterse a una clasificación legal que redefine el orden de privilegios y que les impone a todos hacerse parte en el proceso concordatario por el simple hecho de ser acreedores, negándoles la posibilidad de acudir a métodos o sistemas de recaudo que los excuse de participar en el proceso universal. Así, mediante concordato los acreedores del deudor no pueden recaudar sus créditos como cada uno de ellos desearía sino como el orden y la graduación que la ley dispone" (Auto 410-4253 del 8 de julio de 1997-Negrillas fuera de texto).

## 2. La compensación como modo de extinguir las obligaciones

El artículo 1714 del Código Civil define la compensación en los siguientes términos: "Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse".

De conformidad con las reglas contenidas en el Código Civil Colombiano, la compensación opera ipso jure, aun sin el conocimiento de las partes, siempre y cuando las obligaciones





sobre las cuales se ha de predicar este modo de extinción reúnan los siguientes requisitos:

- Que ambas obligaciones sean de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.
- Que ambas deudas sean líquidas.
- Que ambas deudas sean actualmente exigibles.
- Que ambas partes sean personal y recíprocamente deudoras.
- Que ambas deudas sean pagaderas en un mismo lugar.

En relación con la justificación de la compensación como modo de extinguir las obligaciones resulta de especial importancia traer a colación lo expresado por la doctrina:

"Domat muestra la utilidad de la compensación con estas palabras: "La compensación no es otra cosa que dos pagos recíprocos que se hacen al mismo tiempo sin que los deudores se den otra cosa el uno al otro que los solo finiquitos, quedando las deudas extinguidas en todo lo que se haya solucionado por la compensación". Desde el momento en que ambas obligaciones coexisten y se dan las demás condiciones legales, se extinguen por compensación con los mismos efectos de un doble pago ficto. Teniendo en cuenta que estos pagos son innecesarios, porque implican desplazamientos inútiles, la ley los suprime en la realidad con la consecuencia de la liberación y satisfacción recíprocas.

La compensación obedece a la utilidad práctica, a la equidad y a la conveniencia; no es una necesidad del derecho ni jurídicamente requiere fundamentación especial porque nada impide que existan dos deudas recíprocas que sean objeto de un pago real. Pero la institución presta grandes servicios por las ventajas que ofrece, especialmente estas dos: en primer lugar, porque ahorra a los sujetos desplazamientos y gastos que se producen por el innecesario doble pago, abreviando y facilitando las operaciones diarias del comercio; y porque es un modo de prevenir procesos

futuros al impedir que una de las partes sea víctima de la insolvencia de la otra" (Cubides Camacho Jorge. Obligaciones. Pontificia Universidad Javeriana, 1996, página 397- Las subrayas no son del texto).

De conformidad con la regla contenida en el artículo 1720 del citado Código, la compensación no opera cuando se produzca en fraude de terceros y es claro tratándose de un concurso, que la compensación no puede operar como sucede en la vida normal de la compañía, pues ello implicaría necesariamente un trato preferencial para el acreedor que compensa, desconociendo la par conditio omnium creditorum, aspecto del cual nos ocuparemos adelante.

**3. La compensación en materia fiscal.**

La compensación en materia de obligaciones de carácter fiscal se encuentra regulada por los artículos 815 y 816 del Estatuto Tributario, en los siguientes términos:

"Artículo 815. Los contribuyentes o responsables que liquiden saldos a favor en sus liquidaciones tributarias podrán:

a) Imputarlos dentro de su liquidación privada del mismo impuesto, correspondiente al siguientes período gravable, y

b) Solicitar su compensación con deudas por concepto de impuestos, anticipos, retenciones, intereses y sanciones que figuren a su cargo".

A su vez el artículo 816 ibídem, dispone que:

"La situación de compensación de impuestos deberá presentarse a más tardar dos años después de la fecha de vencimiento del término para declarar.

Cuando el saldo a favor de las declaraciones del impuesto sobre la renta y complementarios o sobre las ventas, haya sido modificado mediante una liquidación oficial y no se hubiere efectuado la





compensación, la parte rechazada no podrá solicitarse aunque dicha liquidación haya sido impugnada, hasta tanto se resuelva definitivamente sobre la procedencia del saldo.

PAR. En todos los casos, la compensación se efectuará oficiosamente por la administración cuando se hubiese solicitado la devolución de un saldo y existan deudas fiscales a cargo del solicitante".

Es de resaltar que las reglas transcritas, están diseñadas para condiciones normales de las compañías deudoras, por lo cual se hace necesario precisar si las mismas operan una vez decretada la apertura del concurso y en especial de la liquidación obligatoria, aspecto del cual nos ocuparemos adelante.

**4. Compensación frente al derecho concursal.**

Si todos los acreedores del deudor deben concurrir a hacer valer su acreencias al concurso, es claro que ellos no pueden dar aplicación a la compensación, pues ello implicaría un pago preferente, que violaría la par conditio omnium creditorum, el cual sólo podría darse en el evento que el juez lo autorice. En este punto debemos reiterar lo ya dicho, en el sentido que la apertura del concurso impone reglas distintas a aquéllas que serían predicables en circunstancias normales de la compañía.

Sobre este particular resulta de especial valía la opinión de los tratadistas franceses Ambrosio Colin y Henry Capitant cuando expresan:

"Se deduce que contra el acreedor concursado o fallido, el deudor no puede oponer compensación de créditos adquiridos por éste con posterioridad a la apertura del proceso de concurso o de quiebra. Estos procesos son universales en cuanto tienen por objeto la liquidación del patrimonio del reo, mediante la venta de sus activos embargables y el pago a todos sus acreedores. Entonces, si se permitirse que un crédito, que ya ha entrado a formar parte de la masa de bienes por liquidar, pudiese ser compensado con otro adquirido por el deudor con posterioridad a la apertura del concurso

o de la quiebra, resultaría que dicho deudor, a la vez nuevo acreedor del concursado o fallido, recibiría la satisfacción de su crédito, sin entrar al prorrateo a que estarían sujetos los otros acreedores." (Citado por Cubides Camacho Jorge, obra citada, página 405, quien a su vez toma la cita de Ospina Fernández Guillermo, Régimen General de las Obligaciones, Editorial Temis, 1976, página 571).

Pese a que del mandato del artículo 1720 del Estatuto Civil Colombiano se concluye la imposibilidad para efectuar la compensación para cuando uno de los deudores ha sido admitido a un proceso concursal, vale la pena tomar en cuenta que en materia del contrato de cuenta corriente bancaria, el artículo 1385 del Estatuto Mercantil, autoriza al banco, salvo pacto en contrario, para acreditar o debitar en la cuenta corriente de su titular el importe de las obligaciones exigibles de que sean recíprocamente acreedores o deudores.

Si bien la ley de manera expresa reconoce el derecho al banco acreedor de compensar en este caso, establece a renglón seguido que tal posibilidad no resulta viable cuando el deudor sea admitido al trámite de un proceso concursal. La parte final del artículo 1385 refiriéndose a la compensación reza: "Tampoco operará cuando el cuentacorrentista o cualquiera de las cuentacorrentistas haya sido declarado en quiebra, o se haya abierto concurso de acreedores".

Sobre los alcances de esta regla el profesor Sergio Rodríguez Azuero expresa:

"Tampoco podrá operar esta forma de compensación cuando el cuenta correntista ha sido declarado en quiebra, liquidación o concurso, según las distintas legislaciones, pues en este caso como lo veíamos, el patrimonio del deudor queda congelado de manera que los acreedores tienen que someterse a la ley de cuota aplicable al juicio universal. Por consiguiente, permitir a los bancos compensar después de producirse las publicaciones que notician a todas las partes interesadas sobre el estado de quiebra o similares, equivaldría a consagrar para los establecimientos de crédito una posición privilegiada, sustrayéndolos del régimen





general de la quiebra." (Contratos Bancarios. Cuarta Edición. Biblioteca Felabán, página 205-Subrayas por fuera del texto).

En materia de concordatos es claro el mandato contenido en el numeral 3º. del artículo 98 de la Ley 222 de 1995, que corresponde fundamentalmente a la contenida en el numeral 3 del artículo 6º. del Decreto 350 de 1989, según la cual una vez admitido el deudor a concordato no será posible efectuar pagos o arreglos relacionados con sus obligaciones, salvo que sean autorizados por el juez del concordato. Llama la atención el Despacho en el sentido que la disposición a la cual nos referimos no se limitó a sancionar o reprochar el pago únicamente, sino que utilizó una expresión mucho más amplia como la de "pagos o arreglos relacionados con sus obligaciones", acepción ésta dentro de la cual se encuadra la compensación como modo de extinción de las obligaciones.

Acerca de la imposibilidad de efectuar compensaciones cuando el deudor es admitido al trámite de un proceso concursal esta Superintendencia ha expresado:

"Visto lo anterior, se concluye que la única forma de procurar el cobro de un crédito a un empresario en concordato es haciéndose parte oportunamente en el procedimiento concordatario con las pruebas respectivas, quedando absolutamente prohibido por la ley promover juicios ejecutivos contra el deudor, o hacer valer por fuera del trámite concordatario las garantías reales que éste hubiere constituido para asegurar el pago de sus obligaciones (artículo 12 y 21 ejusdem).

De la misma manera les está vedado a los acreedores que eventualmente tengan en su poder bienes o dineros de propiedad del empresario en concordato, como ocurre en el caso de instituciones financieras con los depósitos en cuenta corriente, autopagarse sus créditos, o efectuar compensaciones por dicho concepto, dado que ello constituye un pago preferencial que rompe la igualdad que debe imperar entre todos los acreedores concordatarios, lo que se conoce como la "par conditio omnium creditorum".

La prohibición de debitar suma alguna de las cuentas corrientes del deudor está expresamente consagrada en el artículo 1385, inciso final, del Código de Comercio, al prever que tal operación "Tampoco operará cuando el cuentacorrentista o cualquiera de los cuentacorrentistas hayan abierto concurso de acreedores", norma ésta que resulta aplicable por analogía a los concordatos preventivos, dada su condición de proceso concursal." (Auto 221-510.2532 de 18 de diciembre de 1992, publicado en Boletín Jurídico No. 3 de julio de 1993).

En materia de liquidación obligatoria no debe echarse de menos que los créditos a favor del deudor concursado forman parte del patrimonio a liquidar y que además es función del liquidador la de gestionar el recaudo de los dineros de la liquidación, máxime cuando de la regla contemplada en el numeral 4°. del artículo 157 de la Ley 222 de 1995, todos los deudores del deudor sólo pueden pagar al liquidador, razón por la cual el pago hecho a persona distinta es inoponible y por lo tanto no tiene efectos liberatorios frente a la liquidación.

Tratándose de liquidación obligatoria, las reglas son aún más claras, vr. gr., cuando establecen en el artículo 155 de la citada ley que a partir de la inscripción de la providencia de la apertura todo pago o extinción de las obligaciones que deben cobrarse en el trámite liquidatorio se sujetarán a las reglas previstas por la ley.

En cuanto a la satisfacción de las obligaciones a cargo del concursado, es pertinente tener en cuenta que de conformidad con la regla contenida en el artículo 198 de la Ley 222 citada, la satisfacción deberá llevarse a cabo con el producto de los bienes enajenados y atendiendo el orden contenido en la providencia de calificación y graduación de créditos.

De otra parte, no debe echarse de menos que de conformidad con la regla contenida en el numeral 8° del artículo 178 ibídem, es función de la junta asesora del liquidador la de solicitar a la Superintendencia autorización para efectuar el pago de obligaciones antes de la providencia de calificación y graduación, disposición que a juicio del Despacho no puede ser entendida de





manera restringida en el sentido que sólo procede respecto del pago, sino que igualmente comprende todo acto que implique extinción de obligaciones a cargo del deudor, como sucede tratándose de la compensación, máxime si se tiene en cuenta que de acuerdo con el criterio doctrinario ya expuesto, tal figura comporta un doble pago.

Para concluir debemos expresar que no tendría sentido dar vía libre de manera indiscriminada a la compensación de acreencias fiscales, pues ello además de ser contrario a los argumentos expuestos a lo largo de este escrito, iría en abierta contradicción con la obligación para los acreedores titulares de este tipo de acreencia de concurrir al concurso, así como con la imposibilidad para adelantar procesos de jurisdicción coactiva y con la incorporación de esta clase de procesos al concurso. En otras palabras, si la ley establece estas exigencias para los acreedores fiscales del concursado no tendría sentido aceptar la compensación.

Estima el Despacho que la ausencia para las obligaciones fiscales de una regla como la establecida para la compensación en materia del contrato de cuenta corriente bancaria, que prohiba tal operación, no puede ser un argumento que permita colegir la viabilidad de la operación cuando se trate de créditos fiscales, pues las reglas del Código Civil, así como las propias del concurso de las cuales nos hemos ocupado en detalle, imponen necesariamente una respuesta negativa a tal operación.

**Conclusión:**

No es posible efectuar directamente compensaciones de créditos fiscales de una empresa que adelanta una liquidación obligatoria, de créditos allegados al concordato que le precedió. La única posibilidad que resulta admisible para dar vía libre a tal operación es que la junta asesora del liquidador solicite autorización al juez de la liquidación obligatoria y él no encuentre reparos a tal operación (Oficio 220-13661 abril 1°. 1998). Boletín Jurídico No. 4 de junio de 1998).

# LOS FUNCIONARIOS COMISIONADOS POR LA DIAN NO REQUIEREN LA CONDICIÓN DE ABOGADOS - ARTÍCULO 120 LEY 222/95 Y 848 ESTATUTO TRIBUTARIO

**Prevalencia del artículo 848 del estatuto tributario sobre las demás normas procedimentales que ordenan que para hacerse parte dentro de un proceso concursal como acreedor se requiere la calidad de abogado**

**1. Carácter Jurisdiccional de los Procesos Concursales y de las funciones que la Superintendencia desarrolla en los mismos.**

De conformidad con el mandato contenido en el artículo 90 de la Ley 222 de 1.995, la Superintendencia de Sociedades en el manejo de los procesos concursales cumple funciones de carácter jurisdiccional.

Tal circunstancia impone en consecuencia que las disposiciones aplicables a este tipo o clase de actuaciones sean las contenidas en el estatuto procesal civil, ordenamiento que tiene el carácter de residual, en el sentido que se aplicarán las reglas en él contenidas ante la ausencia de una regulación especial.

**2. Presentación de los Acreedores en los Procesos Concursales.**

Dispone el artículo 120 de la Ley 222 de 1.995:

"Término para hacerse parte. A partir de la providencia de admisión o convocatoria y hasta el vigésimo día siguiente al vencimiento del término de fijación del edicto, los acreedores deberán hacerse parte personalmente o por medio de apoderado presentando prueba siquiera sumaria de la existencia de su crédito." (Subrayas fuera de texto)





Conforme al texto de la disposición transcrita, todos los acreedores del deudor podrán hacer valer sus acreencias directamente (tratándose de personas jurídicas deberá hacerse por conducto de sus representantes legales) o por conducto de apoderado, el cual deberá ser abogado inscrito, pues se trata de una actuación eminentemente jurisdiccional.

Es de señalar que la regla que se comenta, comporta una ampliación a las hipótesis contenidas en los artículos 28 y 29 del Decreto 196 de 1.971, en el sentido que permite a los acreedores hacer valer directamente su crédito, sin necesidad de contar con los servicios de un profesional del derecho. Lo anterior no es óbice para que si los acreedores lo tengan a bien puedan hacer valer su crédito por conducto de apoderado, caso en el cual deberá tener la condición de abogado inscrito.

La regla contenida en el artículo 120 corresponde en términos generales a la contemplada en el artículo 157 para el trámite de la liquidación obligatoria, razón por la cual nos remitimos a los comentarios ya expuestos.

**3. Reglas del estatuto tributario.**

El artículo 848 del mencionado estatuto establece:

"Personería del funcionario de cobranzas. Para la intervención de la administración en los casos señalados en los artículos anteriores, será suficiente que los funcionarios acrediten su personería mediante la exhibición del auto comisorio proferido por el superior respectivo". (Subrayas por fuera de texto)

Los procesos a los cuales se refiere la disposición transcrita, son entre otros, los de sucesión, concordatos, quiebra (hoy liquidación obligatoria), liquidación de sociedades y liquidación o intervención administrativa.

La disposición transcrita comporta una regla autónoma en materia de personería de los funcionarios de cobranzas de la administración de impuestos y aduanas nacionales, la cual tiene carácter especial

en la medida que se encuentra concebida para una determinada clase de acreedor (DIAN) y para unas determinadas clases de procesos, según la cual para que se entienda adecuadamente representada la entidad pública acreedora y por lo tanto el juez o funcionario proceda a reconocerle personería como vocera de dicho acreedor, resulta idónea la exhibición del auto comisorio respectivo, sin que la disposición haya previsto que los funcionarios que la vayan a representar deban tener la condición de abogado titulado, pues la ley consagró una regla especial para el efecto, lo cual no resulta extraño en materia de este tipo de acreencia, a título de ejemplo baste comentar la exigencia de una forma especial de notificación de determinada clase de providencias (artículo 845 E.T.).

Finalmente, llamamos la atención en cuanto al alcance de la expresión suficiente que trae el artículo 842 ya analizado, la cual es definida por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua como "Bastante para lo que se necesita. Apto. o idóneo". (Oficio 220-15074 abril 7 de 1998) Publicado Boletín Jurídico No. 2 de 1998).

## BIENES MUEBLES GRAVADOS CON GARANTÍA PRENDARIA EN LOS PROCESOS CONCURSALES

El derecho de prenda es un derecho real, que da al acreedor, entre otras acciones, la de pedir que la cosa empeñada se venda en subasta pública para que con el producido se le pague su acreencia, o para que a falta de postura sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago hasta concurrencia de su crédito (artículos 665 y 2422 Código Civil).

Dentro de la prenda industrial, anotamos una característica esencial como es el derecho de usar la materia empeñada, derecho que es esencial en este tipo de prenda, que se instituyó precisamente para dar a los industriales posibilidades de crédito valiéndose de los elementos de trabajo o explotación, sin que se suspenda o se afecte el proceso de producción. Por eso las obligaciones caucionadas con prenda industrial, no pueden ser distintas de las del giro ordinario de los respectivos negocios.





La ley ha querido que el acreedor prendario no encuentre desprotegidos sus derechos y por ello ha estipulado que tiene: a) derecho de inspección, con la finalidad de que pueda estar enterado de la forma como el deudor cumple con los deberes de tenedor prendario y, así, poder cerciorarse del estado de los bienes objeto de prenda, mediante inspecciones oculares, como de solicitud de informes (previamente estipulado en el respectivo contrato) sobre el estado de los bienes objeto de prenda y b) derecho de pedir medidas conservatorias, a fin de impedir la pérdida o deterioro del bien en que radica la prenda.

**Dentro del anterior punto, es importante resaltar que así como el acreedor prendario tiene derechos, también tiene limitaciones en su actuar; como en el caso de practicar visitas de inspección que excedan la racionalidad de la vigilancia acerca del cuidado del bien, impidiendo así su normal uso, o que no permita el traslado del objeto de la prenda cuando corre peligro de daño o deterioro o impide el uso de la maquinaria dada en prenda.**

Porque pretender lo anterior, es desconocer que *«las máquinas están destinadas, por su propia naturaleza, a realizar un trabajo; esto es encauzar, dirigir, producir o aplicar una fuerza. Ahora bien, este trabajo puede realizarse en régimen de explotación; de tal manera que la máquina o maquinaria viene a ser un instrumento de trabajo. Este término, trabajo, hemos de entenderlo no ya en el sentido del trabajo físico-mecánico a que hace un momento nos referíamos, sino en el sentido de trabajo organizado, conforme a unas leyes racionales y económicas, según unas determinadas necesidades y producción. En esta situación la máquinas están coordinadas dentro de aquel conjunto de elementos instrumentales y acoplados y dispuestos por el empresario para satisfacer las exigencias de la explotación».* [1]

Con los anteriores aspectos y, teniendo en cuenta, que el proceso concursal del concordato tiene como filosofía el acuerdo de recuperación de los negocios del deudor y su objeto es la conservación y recuperación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, así como

[1] *Diez Roncal, Angel, Garantías Reales sobre la Maquinaria Industrial, Universidad de Navarra, Pamplona 1966, pág.161*

la protección adecuada del crédito, no es posible detener el uso del bien mueble sobre el que pesa una garantía prendaria, ya que con ello, no solamente se perdería la esencia de toda maquinaria, sino que se pararía el proceso productivo de la empresa con sus correspondientes consecuencias de parálisis.

Ahora bien, tratándose de un proceso de liquidación obligatoria deberá tenerse en cuenta que una vez disuelta la sociedad, no podrá iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto y su actuación estará restringida fundamentalmente a la realización de los actos tendientes a la liquidación.

De otra parte, deberá tenerse en cuenta que de conformidad con el mandato contenido en el artículo 1218 del Estatuto Mercantil, en el contrato de prenda, se regulará entre otros aspectos, la forma de utilizar los bienes pignorados, lo cual resultará de especial importancia para establecer si el uso que realiza del bien puede calificarse como exagerado o abusivo, al igual que las consecuencias por tal comportamiento.

Ahora bien, el artículo 1212 del referido estatuto constituye una guía valiosa para precisar la conducta del deudor, cuando prevé que tiene en la conservación de los bienes gravados, las obligaciones y responsabilidades del depositario, quien de acuerdo con el art. 1171 ibídem, responderá hasta de la culpa leve en la custodia y conservación de la cosa.

El proceso concursal implica la alteración, modificación o supresión de algunas reglas aplicables en condiciones normales, lo cual resulta justificable en la medida que tal proceder permite el cumplimiento de la finalidad para la cual fue instituido. En otras palabras, la no aplicación de algunas de las reglas previstas en condiciones de normalidad económica constituye la expresión genuina de la autonomía del derecho concursal, vr. gr. la pérdida del derecho de ejecución singular que tienen los acreedores.

En el entorno anterior, se hace necesario examinar si el acreedor conserva el derecho de exigir al deudor concursado un uso adecuado de los bienes, al respecto habrá de decirse que tal





derecho no resulta incompatible con las reglas propias del concurso y en consecuencia las reglas previstas en el negocio o las aplicables por mandato legal no sufren alteración y por tanto resulta procedente su aplicación, más aún cuando tratándose de concordato, la apertura del proceso per se no constituye causal válida de terminación de los contratos de tracto sucesivo.

Cosa distinta, sucede con el derecho que tiene el acreedor prendario de provocar el remate o enajenación forzada del bien para atender las obligaciones amparadas con la garantía, habida consideración de la pérdida o suspensión del derecho de ejecución singular, el cual es el reconocimiento del principio de universalidad que inspira a todo concurso.

De todo lo expuesto se concluye, que la apertura del concurso no puede constituirse en un aval o respaldo al incumplimiento de las obligaciones por parte del deudor en cuanto a la conservación y utilización del bien dado en prenda y en consecuencia el deudor concursado sigue sometido a las reglas que gobiernan tal situación. No obstante, es necesario señalar que las consecuencias de su desacato no pueden ser contrarias al proceso concursal, como sucedería si la mala utilización de los bienes genera la exigibilidad de la obligación, para provocar el remate del bien y la consecuente satisfacción de la misma, posibilidad que resulta válida en condiciones normales, pero que no procede cuando media un proceso concursal. (Oficio 220-57584 septiembre 21 de 1998).

## LA FACTURA CAMBIARIA Y EL DEUDOR EN PROCESO CONCURSAL

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 773 del Código de Comercio, en concordancia con los artículos 625, 651 y 656 ibídem, una vez aceptada por el comprador la factura cambiaria de compraventa y siempre y cuando reúna los requisitos establecidos en los artículos 621 y 674 ibídem, ésta se convierte automáticamente en un título valor a la orden, que debe ser descargado o pagado por el aceptante a quien sea su tenedor legítimo, pudiendo éste transferirlo a un tercero a través del endoso

y la entrega material del título por cuanto ésta es la ley de circulación para esa especie de instrumentos negociables.

Ahora bien, el artículo 656 ibídem prescribe que los diferentes endosos que contempla la ley mercantil se pueden hacer únicamente en propiedad, en procuración o en garantía ; trasmitiéndose la propiedad del título valor a través de la primera clase de endosos, no trasmitiéndose ésta en la segunda clase de endosos para su nuevo tenedor sino el simple derecho para presentar el documento para su debida aceptación, para cobrarlo judicial o extrajudicialmente, para endosarlo en procuración y para protestarlo, quedando el endosatario con los derechos y obligaciones de un representante (artículo 658 ibídem), y finalmente, por la última clase de estos endosos, o endoso en garantía, tan sólo se constituye un derecho prendario sobre el título y se confiere al endosatario además de sus derechos de acreedor prendario, las facultades que confiere el endoso en procuración (artículo 659 ibídem).

Así las cosas si la sociedad A endosó en propiedad las facturas cambiarias de compra venta aceptadas por la sociedad B, en cuantía aproximada a los $10.000.000,oo en favor de una FIDUCIARIA y esta última ha requerido el pago a la deudora aceptante, B como principal obligada debe pagar las facturas a su tenedora legitima que es la FIDUCIARIA, sin que la posterior admisión de la endosante A, a la celebración de un concordato preventivo obligatorio con sus acreedores afecte ese anterior endoso en propiedad y sin que tenga importancia que en las facturas se haya pactado plazo para el pago del precio y esté vigente.

Distintos los casos si el endoso de tales facturas se hubiese hecho en procuración o en garantía ya que por la primera de las situaciones la FIDUCIARIA, como endosataria, debe cumplir el mandato de recaudar la cuantía de las facturas frente B, como deudora de las mismas y devolver el importe recaudado a A, quien habiendo sido admitida al concordato no podrá hacer ningún pago a ninguno de sus acreedores con tales dineros sin que previamente se los autorice el juez del concordato, y por la segunda, es decir si el endoso de las facturas se hizo en garantía, el pago de las mismas,





siempre y cuando se encuentren vencidas o sean exigibles, lo debe hacer B, a la Fiduciaria por aquello de que ésta como endosataria en garantía tiene, además de los derechos del acreedor prendario (persecución y preferencia en el pago), los del endosatario en procuración; pero estando A admitida al concordato con sus acreedores, no puede la FIDUCIARIA ejercer sus derechos de preferencia como endosataria en garantía sino que debe acudir al concordato como acreedora prendaria para hacer valer su crédito y se le pague con la preferencia establecida en la ley (segunda clase de créditos), presentando allí tales facturas cambiarias de compraventa a cargo de B siempre y cuando las mismas no estén vencidas o sean exigibles, porque llegado el fin del plazo, y por haber sido A admitida al concordato, el pago lo debe hacer B a esta última, quien no podrá pagar a ninguno de sus acreedores incluyendo a la FIDUCIARIA, sin la previa autorización del juez que conozca del concurso.

Desde otro punto de vista, si el endoso de las facturas cambiarias lo hizo la sociedad A, en propiedad, no podía como lo hizo, prohibirle a la sociedad B como deudora de las mismas, hacer el respectivo pago a la FIDUCIARIA como tenedora legítima de ellas y actuando esta última totalmente ajustada a derecho, al notificarle a B de la celebración del endoso y requerirle el pago de las facturas, ya que la función jurídica del endoso en propiedad es precisamente la de trasmitir la propiedad del título valor del endosante en favor del endosatario. Pero si tal endoso se hizo en procuración o en garantía, ha obrado mal la FIDUCIARIA al ocultarle a B que la notificación del endoso y el requerimiento del pago de las facturas, lo está haciendo en procuración o en garantía, respectivamente, no obstante que en ambos casos tiene facultad para recaudar el importe de las facturas de B y entregárselo a su mandante o deudor prendario A, quien como ya quedó dicho, no puede hacer pago alguno a sus acreedores con tal importe sin previo permiso del juez del concurso, si es verdad que ha sido admitida a la celebración de un concordato con sus acreedores.

Finalmente, es de advertir que los dos últimos incisos del artículo 658 del Código de Comercio, preceptúan lo siguiente :

"El endosante que revoque la representación contenida en el endoso, deberá poner en conocimiento del deudor de la revocatoria, cuando ésta no conste en el título o en un proceso judicial en que se pretenda hacer efectivo dicho título.

"Será válido el pago que efectúe el deudor al endosatario ignorando la revocación del poder".

Por todo lo anteriormente expuesto y no mediando una expresa notificación por parte de la endosante A, a la deudora B, de que le ha revocado la representación a la FIDUCIARIA para el cobro de las facturas cambiarias a su cargo, como tampoco de que el endoso se hizo en garantía sino que simplemente, primero le prohibió abusivamente hacer dicho pago, y después, se reafirmó en dicha prohibición pretextando haber sido admitida a un concordato con sus acreedores, conceptuamos, con base en lo dispuesto en el artículo 625 ibídem de que "toda obligación cambiaria deriva su eficacia de una firma puesta en un título valor y de su entrega con la intención de hacerlo negociable conforme a la ley de su circulación.", y de que "Cuando el título se halle en poder de persona distinta del suscriptor, se presumirá tal entrega", que B como deudora de las facturas cambiarias aceptadas en favor de A, pero endosadas por ésta a la FIDUCIARIA, sin advertir al deudor que ha hecho el endoso en procuración o en garantía o que ha revocado la representación para el cobro de títulos valores endosados, y por tanto presumiéndose legalmente que el endoso se hizo en propiedad, no paga mal ni pagará dos veces, si le paga el importe de las facturas cambiarias a la FIDUCIARIA quien es la tenedora legítima de tales títulos valores y le ha notificado el endoso al deudor en debida forma y ha requerido de este el respectivo pago, no obstante que con posterioridad al endoso, la endosante A, le haya prohibido el pago a la endosataria y reafirmado tal prohibición so pretexto de haber sido admitida al trámite de un concordato con posterioridad al endoso, y además, creemos que resultaría improcedente el ejercicio de la acción revocatoria de la que habla el artículo 146 de la Ley 222 de 1995 contra tal endoso, ya que dicha negociación al parecer no encuadra en ninguno de los actos o negocios jurídicos prohibidos por tal artículo y sus dos parágrafos. (Oficio 640-1361 julio 31 de 1997) Publicado Boletín JurídicoNo 5 de octubre de 1998).





## NO ES PROCEDENTE LA EXCLUSIÓN Y ENTREGA DE UN BIEN INMUEBLE, CUANDO POR FALTA DEL REGISTRO CORRESPONDIENTE, EL TITULAR DEL MISMO ES LA SOCIEDAD DEUDORA

Con el fin de establecer la titularidad de un bien inmueble, cuya exclusión de la masa liquidable de la sociedad concursada se persigue, se hace necesario analizar la normativa que regula el contrato de compraventa,

Nos encontramos en presencia de un contrato cuya definición la establece el artículo 1849 del Código Civil, así: "Contrato en que una de la partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. (...)", donde el contenido y alcance del vocablo "dar" ha sido objeto de reiterados pronunciamientos jurisprudenciales, en el sentido de que la obligación de **dar** contiene la de **entregar** , pero no se confunde con ella, conforme a lo preceptuado en el artículo 1605 del C. C., pues el artículo 1880 ibídem, al mencionar las obligaciones del vendedor, no habla de **dar** sino de obligación de **entregar,** conforme a las reglas contenidas en los artículos 740 y siguientes de la mencionada obra. Esto es, en últimas lo que determina los efectos del cumplimento o incumplimiento del contrato.

Consecuencia de lo anterior, es que en nuestra legislación, el contrato de compraventa está regulado como título generador de obligaciones que requiere de un modo para transmitir el dominio, a diferencia de la legislación francesa, donde la sola celebración del contrato transfiere el dominio de la cosa vendida.

Ahora bien, por regla general, el contrato de compraventa es de naturaleza consensual, lo que significa que se perfecciona con el solo acuerdo de voluntades de las partes respecto de la cosa y el precio. La excepción la configuran las llamadas ventas solemnes, según las cuales para su perfeccionamiento requieren requisitos adicionales que el legislador estableció.

En ese orden de ideas, y a la luz de los establecido en el artículo 1857 del C. C., la venta de los bienes inmuebles no se reputa perfecta mientras no se haya otorgado escritura pública. Esto para reafirmar el hecho de que la escritura pública en que se otorgue un contrato de compraventa no es más que uno de los posibles **títulos** generadores de las obligaciones subsecuente a su celebración: entregar la cosa, vale decir tradirla (hacerle tradición), por cualquiera de los modos traslaticios de dominio que trae la legislación (Art. 740 y ss C.C), por parte del vendedor y, pagar el precio convenido, por parte del comprador.

Ha dicho la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 7 de noviembre de 1975:

**"El contrato de compraventa de un bien raíz es solemne, por disponerlo así el artículo 1857-2 del Código Civil. La solemnidad consiste en que se haga constar por escritura pública, cuyo mero otorgamiento con las formalidades legales, lo perfecciona, es decir, lo hace nacer a la vida jurídica. Y si los contratos están destinados a producir obligaciones, es obvio que las que son propias de la compraventa, como la tradición o entrega de la cosa, el saneamiento (art. 1880) y el pago del precio (art. 1928) se generan cuando el respectivo contrato se ha perfeccionado.**

**"Al perfeccionarse la venta surge para el vendedor una obligación de dar, que está integrada así: 1) por la de transferir al comprador el dominio de la cosa vendida (entrega jurídica) y 2) por la de ponerla materialmente a su disposición (entrega de material). Esa transferencia, tratándose de bienes raíces, solo puede surtirse con el competente registro de la escritura mediante la cual se celebró el contrato (art. 756), y su cumplimiento es el que comporta el fenómeno jurídico de la enajenación. El comprador adquiere, pues, la propiedad del objeto materia del contrato, cuando concurren el título (escritura de compraventa) y el modo (registro de la misma); el solo otorgamiento de dicha escritura, en derecho colombiano, no confiere dominio al comprador, apenas lo hace acreedor de la correspondiente obligación; si ésta no**





**se cumple, no ha habido enajenación del bien, apenas ha surgido el deber legal de hacerla."**

Sobre el mismo punto, la misma Corte dijo, en sentencia del 2 de septiembre de 1970:

**"En derecho colombiano, el contrato que es título, por si mismo, no tiene virtud suficiente para transferir el derecho de dominio, pues para alcanzar este objeto, debe estar seguido de un modo, que, en las obligaciones de dar, es siempre la tradición. Del contrato, entonces, para quien dice enajenar el dominio de un inmueble, surge la obligación de tradir el derecho de propiedad que, como ya se vio, se cumple mediante la competente inscripción del título en la oficina de registro. Así, por el contrato de venta, el vendedor contrae la obligación de hacer la tradición del bien cuyo dominio enajena y el comprador no adquiere el dominio de aquél sino el derecho crediticio a pedir o exigir del vendedor que le haga la tradición. Por esta razón, por no tener el contrato eficacia para transferir el dominio, la compraventa de cosa ajena vale (art. 1871 ibídem), pero únicamente como contrato, es decir, como fuente de obligaciones, (...)".**

El Código de Comercio es aun más claro con relación a la forma de adquirir el dominio de los bienes y en hacer explícita la dualidad **título y modo,** cuando en el artículo 922 establece que la tradición del dominio de los bienes raíces requerirá, además de la inscripción del título en la correspondiente oficina de registro de instrumentos públicos, la entrega material de la cosa.

Por otra parte, no obstante la libertad y amplitud del régimen probatorio de nuestro sistema jurídico, por razones de seguridad, para ciertas y determinadas situaciones que el derecho otorga consecuencias jurídicas, se han previsto mecanismos y formalidades para su demostración, como el caso de la compraventa de bienes inmuebles, cuyo medio probatorio específico y excluyente es el registro de escritura pública, conforme a lo preceptuado en el inciso primero del artículo 756 del Código Civil, en concordancia con el 1500 de la misma obra, así como lo

establecido en los artículos 187, 232 y 265 del Código de Procedimiento Civil.

Efectivamente, las referidas normas dicen relación a que las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, **sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia y validez de ciertos actos,** como la prueba de la tradición del domino de los bienes raíces, por medio de la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos, la cual no podrá suplirse por otro medio probatorio y cuya ausencia deberá ser apreciada como si no se hubiere celebrado el acto.

En consecuencia, aunque se aporten pruebas que demuestren la existencia del contrato de compraventa y de las obligaciones subsecuentes a cargo del vendedor, no es posible la exclusión del bien de la masa liquidable por cuanto la titularidad del derecho de dominio radica aún en cabeza de la sociedad concursada. (Auto 440-3273 marzo 12 de 1999).

## PROCEDENCIA DE LA INCORPORACIÓN DE PROCESOS EJECUTIVOS EN TRÁMITES CONCURSALES - EJECUTORIA DE LA PROVIDENCIA APROBATORIA DEL REMATE -

La Superintendencia de Sociedades, en cumplimiento de la Ley 222 de 1995, que entre otras cosas es norma de orden público y por consiguiente de obligatorio cumplimiento, debe dar aplicación a los artículos 99 y 100 ibídem, en los casos en que una sociedad sea admitida a un proceso concursal, los efectos que se traducen en la práctica de la aplicación de estas dos normas, por disposición del artículo 225 de la Ley 222 de 1995, y con relación, a los procesos ejecutivos o de ejecución coactiva, el funcionario que se encontraba conociendo de tales ejecuciones, pierde por virtud de la ley la competencia para seguir adelantando el trámite respectivo, salvo cuando el demandante no prescinde de la actuación contra los otros deudores e igualmente cuando la obligación que se pretende





satisfacer por vía ejecutiva ya se pagó, por tanto el funcionario debe remitir el expediente a la Superintendencia de Sociedades por mandato legal cuando quiera que así le sea competente.

Ahora bien, en gracia de discución, si se aceptara que con el hecho de la adjudicación de un bien inmueble en la diligencia de remate se realizara el pago de la obligación perseguida y se adquiriera el dominio del bien rematado, el demandante (rematante) tendría las facultades de usar, gozar y disponer de aquel conforme lo dispone el artículo 669, del Código Civil, así: el dominio, "es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno", luego no requeriría de un pronunciamiento posterior del juez de conocimiento, sobre la propiedad del inmueble, ello equivaldría a decir que salió del patrimonio del demandado e ingresó al patrimonio del demandante (rematante), adicionalmente, la entrega que debe realizar el secuestre del bien inmueble, no es consecuencia del acto del remate sino de la aprobación del mismo debidamente ejecutoriado, en virtud del numeral 4 del artículo 530 del Código de Procedimiento Civil

A su vez, si la adjudicación implicara transferencia del dominio del bien inmueble, no se requeriría auto que lo apruebe, el cual da fe de la legalidad de la actuación, razón por la cual no puede ser considerado como una mera formalidad, además que su proferimiento obedece al cumplimiento de temas sustanciales como por ejemplo el pago del valor restante. Si se aceptara la posición contraria ello equivaldría a decir que el rematante es dueño pese a que no hubiere consignado el precio lo cual resulta ilógico con las reglas de la compraventa.

La sentencia que ordena seguir adelante con el proceso ejecutivo, la realización de la diligencia de remate cuando se encuentran embargados bienes inmuebles, la adjudicación del bien inmueble, son el medio para la consecución del fin, cual es la satisfacción plena de la obligación por parte del demandado al demandante a través del proceso ejecutivo, pero no el fin en si, por cuanto el dominio del bien inmueble, se adquiere con el pronunciamiento que hace el juez al proferir el auto aprobatorio de la diligencia del

remate, momento preciso de la tradición del bien inmueble, acto esencial para la definición de la situación jurídica, en la cual por mandato de la ley se ha obligado al pago de la obligación no satisfecha en su oportunidad ya que sin la existencia del auto mencionado el demandante (rematante) aún no cuenta con las facultades que se prescriben en el artículo 669 del Código Civil o como lo señala la doctrina su carácter de absoluto, exclusivo y perpetuo y que además otorga al propietario unas facultades materiales y jurídicas, por cuanto las primeras, "son las que se realizan mediante actos materiales que permiten a su titular el aprovechamiento de su derecho, como uso goce, consumo físicos" y las segundas "son las que se realizan por actos jurídicos como la facultad de gravar, limitar y disponer de la cosa." **(VELÁZQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo, Bienes, Quinta Edición, Pág 114 a 117).**

En ese orden de ideas, y tal como quedó expuesto en el Auto 440-8895 del 5 de noviembre de 1998, en el caso en comento, el demandante, (rematante), no adquirió el dominio, por cuanto faltaba la providencia de definición de situación jurídica particular, o sea el auto aprobatorio debidamente ejecutoriado del remate, el cual no se profirió dentro del mismo proceso ejecutivo, y que tiene especial relevancia para los efectos de los procesos concursales, ya que por mandato de los artículos 99 y 100 de la Ley 222 de 1995, ordena la incorporación de todo proceso de ejecución que aún no se haya definido por la justicia ordinaria, lo cual en manera alguna puede interpretarse como una nueva forma procesal de improbación del remate.

Por otra parte, la diligencia de remate adelantada en los procesos ejecutivos, conduce a que el demandante pueda satisfacer su obligación a cargo del demandado, situación jurídica que se hace por mandato de la ley más no en forma voluntaria por parte del obligado, porque si no fuera así, qué razón tendría la jurisdicción, en donde el deudor paga sus obligaciones con todo el apremio, derivado de la coerción ejecutiva.

La ley ha dispuesto para cuando una de las partes que no se allana al cumplimiento de sus obligaciones legalmente contraidas





conforme al principio de la autonomía de las partes plasmado en un contrato u originadas en cualquiera de las fuentes de las obligaciones, mecanismos para que la parte incumplida en una relación jurídica cumpla con la obligación contraida, es decir por mandato de la ley se constriñe, se obliga el amparo del principio de la conmutatividad de la relación jurídica, el cumplimiento forzoso de la obligación a través del proceso ejecutivo.

Luego si lo esencial no se definió por el juez de conocimiento, es decir haberse pagado la obligación que se pretendía con el proceso ejecutivo, la circunstancia de la apertura del trámite liquidatorio de una sociedad por mandato de la Ley 222 de 1995, sus efectos jurídicos trascienden en los procesos de ejecución de contenido patrimonial que se estén adelantando, los incorporarán al trámite liquidatorio de la sociedad concursada por cuanto el bien inmueble objeto de discusión no ha salido del patrimonio de la sociedad concursada y, por tanto, deberá realizarse para atender en forma ordenada el pago de las obligaciones a su cargo, de conformidad con el artículo 95 de la Ley 222 de 1995. (Auto 440-8086 junio 29 1999).

Sobre el tema de bienes adquiridos en remate, algunos tratadistas han manifestado lo siguiente, criterio que comparte plenamente este Despacho.

**"La tradición a que se refiere el artículo 741 del Código Civil define al tradente como la persona que por medio de la tradición transfiere el dominio de la cosa entregada por él y al adquirente como aquel que adquiere el dominio de la cosa recibida por él y en su inciso 3º, dispone que en las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial a petición de un acreedor, en pública subasta, la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente y el juez su representante", es decir, la operación jurídica compleja que se surte por medio de remate y que como efecto produce un desplazamiento en el derecho de dominio es asimilada por esta norma a la tradición.**

**"Esta solución es equivocada y no resiste el menor análisis incluso frente a otras disposiciones del Código Civil, cuyo**

**artículo 742 señala que para que la tradición sea válida debe ser hecha voluntariamente por el tradente y por su representante y en el remate no existe voluntad ni la voluntad en el propietario ni menos la representación en el juez, VALENCIA ZEA acertadamente comenta: "Esta regla constituye una desfiguración del concepto propio de la tradición, que consiste en la transmisión voluntaria que del domino hace el dueño a otro, según la propia definición que da el artículo 740 del Código Civil y en las ventas forzadas no existe voluntariedad del deudor, a quien se arrebata su propiedad, y además es indebido decir que en semejante hipótesis el juez es el representante".**

**"Es por eso que la sentencia de adjudicación es un modo atípico de adquirir el dominio, no consagrado en la norma Civil pero procedente para aquellos actos que provienen de una sentencia judicial, luego queda establecido que una vez culmina el trámite del remate, se dicta el auto que adjudica el bien dentro de la subasta que equivale al auto aprobatorio del remate, pues no debe perderse de vista que el numeral 1° del artículo 557, expresamente señala que se aplica el artículo 530 del C. de P C- (LÒPEZ BLANCO HERNANDO FABIO, Instituciones de Derecho Procesal Civil. Parte Especial. Dupré Editores Pag. 455-subrayado fuera de texto).**

**"Así mismo cuando se trata de una obligación de dar que tiene por objeto un bien mueble de especie o cuerpo cierto o de género distinto al dinero, previamente secuestrados, el juez una vez ejecutoriada la sentencia que decreta seguir adelante la ejecución, orden a la secuestre que entregue el bien al demandante: Esta entrega no es tradición, puesto que el domino sobre el bien se ha adquirido desde la ejecutoria de la sentencia.**

**Así mismo, cuando se trata de bienes adquiridos en un remate sean muebles o inmuebles, el dominio para el rematante se adquiere desde el auto aprobatorio del remate y/o de adjudicación del bien, momento preciso de la tradición." (LUIS GUILLERMO VELÁSQUEZ JARAMILLO, Derecho Civil Bienes, Editorial Temis).**





Queda claro, entonces, que el dominio o propiedad sobre un bien inmueble, el cual ha sido rematado y adjudicado, dentro de un proceso ejecutivo hipotecario mediante sentencia debidamente ejecutoriada, se adquiere desde la ejecutoria misma de la providencia citada.

Ahora bien, la inscripción de la sentencia en el Registro respectivo no constituye tradición, por cuanto el traspaso del dominio ya se ha realizado (desde la ejecutoria de la sentencia de adjudicación). Esta formalidad viene a imprimirle la publicidad respectiva, en cuanto tiene que ver con un bien que se encuentra sujeto a registro.

En consecuencia, el problema jurídico que se plantea NO ES EL MODO, como medio para adquirir el dominio del inmueble, el cual, como quedó expuesto, no es la tradición, sino EL EFECTO JURÍDICO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS.

Queda claro, pues, que existe un modo atípico para adquirir el dominio o propiedad en tratándose de bienes inmuebles embargados, rematados y adjudicados, que no se adquiere con la inscripción del auto en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, sino a partir de la ejecutoria de la providencia aprobatoria del remate. El registro de la misma constituye un requisito de publicidad frente a terceros y no un elemento constitutivo del dominio. Esta circunstancia la reafirma el hecho de que a diferencia de la tradición, en este caso el bien rematado se encuentra por fuera del comercio y por tanto no resulta posible que la titularidad del mismo resulte alterada.

Debe tenerse en cuenta que si el inmueble ya fue adjudicado, por auto aprobatorio del remate, se extinguió la obligación y el proceso se encuentra terminado por haberse solucionado las obligaciones pretendidas en el ejecutivo hipotecario.

Por tanto, este despacho considera que estando extinguida la obligación y por ende terminado el proceso ejecutivo no puede como juez del trámite liquidatorio controvertir la providencia del juez. (Auto 440-8086 junio 29 de 1999 y 440-8155 de junio 30 de 1999 ).

## EL DERECHO DE PETICIÓN NO PROCEDE EN LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL (SENTENCIA C. C. T-426 JUNIO 24/92) - LA SOLICITUD DE NULIDAD NO PUEDE REVIVIR OPORTUNIDADES PROCESALES PRECLUÍDAS (SENTENCIA T-025/95 C-491/95).

Esta Entidad en el tema de la procedencia del derecho de petición dentro de los trámites jurisdiccionales que con carácter excepcional cumple, ha dejado siempre en claro que tal derecho no se aplica a este tipo de procesos, y se ha pronunciado de la siguiente manera:

*"La Superintendencia de Sociedades, no obstante ser un organismo técnico adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, mediante el cual el Presidente de la República ejerce las funciones administrativas de inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles; también ejerce funciones jurisdiccionales.*

*De conformidad con el artículo 116 inciso 3° de la Constitución Política, excepcionalmente algunas autoridades administrativas ejercen funciones jurisdiccionales en materias precisas determinadas por la Ley; es así como el artículo 90 en concordancia con el artículo 214 de la Ley 222 de 1995, otorga funciones jurisdiccionales a esta Entidad, para conocer de manera privativa del trámite de los procesos concursales de todas las sociedades comerciales, sucursales de sociedades extranjeras y empresas unipersonales, siempre que no estén sujetas a un régimen especial de intervención o liquidación.*

*De otra parte, el derecho de petición, es consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, como un derecho subjetivo de la persona para acudir ante las autoridades o las organizaciones privadas que establezca la ley, con miras a obtener pronta resolución a una solicitud o una queja. A diferencia de los términos y procedimientos jurisdiccionales, el derecho de petición es una vía expedita de acceso directo a las autoridades. Aunque su objeto no incluya el derecho a obtener una resolución determinada, sí*





*exige que exista un procedimiento oportuno"* (Sentencia Corte Constitucional T-426 del 24 de junio de 1992).

Por lo tanto entendemos que siempre que se trate de los procesos concursales, este Despacho se encuentra en desarrollo de actividades puramente jurisdiccionales, razón por la cual el ejercicio del derecho de petición frente a esta actividad, la jurisdiccional, es improcedente, toda vez que la misma ley establece procedimiento claros, expeditos, de orden público y preclusivos, respecto de los mecanismos jurídicos, al alcance de las partes dentro del proceso.

**Es así como la Ley 222 de 1995 y el Código de Procedimiento Civil, regulan todo lo atinente a los recursos dentro de los procesos concursales en sus diferentes modalidades, respecto de las formas como las partes pueden intervenir y las oportunidades procesales para ellos y para el juez.**

En el mismo sentido tenemos que la Sentencia de la Corte Constitucional, como la Sentencia T-025/97, expresa lo siguiente: *" (...) ¿Qué finalidad se buscaba al proponer la nulidad? Sencillamente, la restitución de los términos para interponer el recurso de apelación, cuya oportunidad se había dejado pasar.*

***En relación con la supuesta nulidad, deben tenerse en cuenta estas razones:***

*La primera, que las causales de nulidad en el proceso contencioso administrativo son las mismas del proceso civil (art. 140). A las previstas en esta norma, debe agregarse la del último inciso del artículo 29 de la Constitución (nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso). Así lo definió la Corte Constitucional al decidir una demanda contra el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil* (Sentencia C-491 del 2 noviembre de 1995, Magistrado ponente, Antonio Barrera Carbonell).

*Como lo sostuvieron las sentencias de primera y segunda instancia, que se revisan, el apoderado de los actores, al pedir que se decretara la nulidad de la sentencia, no invocó ninguna de las causales taxativamente previstas en la ley.*

*La notificación por edicto se hizo con sujeción a las normas legales correspondientes.*

*Como lo ha sostenido invariablemente la Corte Constitucional, por medio de esta acción no pueden desconocerse las decisiones adoptadas por los jueces competentes, en procesos tramitados válidamente, es decir, con sujeción a las normas procesales. Por tanto, carece de fundamento la pretensión de convertir la acción de tutela en una especie de recurso extraordinario de revisión, encaminado a remediar los errores o las culpas de las partes o de sus apoderados, en procesos válidamente tramitados.*

La misma Corporación en la **Sentencia No. T-169/96,** se pronunció en los siguientes términos: "(...)*La suspensión en el pago de las mesadas es el efecto de la situación jurídica definida en una resolución la cual está en firme por la no interposición de recursos ni acciones contra ella. La vía de la tutela, no puede "revivir" términos de caducidad corridos hace tiempo, pues se convertiría en un mecanismo que atentaría contra el principio de seguridad jurídica.*

*Contra ella cupieron en su oportunidad todos los recursos por la vía gubernativa que la ley prevé, y los mecanismos de defensa judicial que pueden ejercerse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Si el accionante considera vulnerados sus derechos por la expedición de la resolución aludida, tuvo en su momento la ocasión de hacer uso de los recursos y acciones pertinentes para oponerse a la decisión de la administración.*

Por su parte la Sentencia T.362/94 (M.P. Hernando Herrera Vergara), manifiesta los siguientes conceptos: *"Debe insistir la Sala de Revisión al respecto, que el juez de tutela tiene una competencia constitucionalmente restringida en el sentido de asegurar que cuando no se disponga de procedimiento judicial idóneo, se haga justicia en el caso concreto mediante una orden perentoria, en cuya virtud cesen los actos violatorios, se ejecuten aquellos indispensables para la efectividad del derecho conculcado o se neutralicen los motivos de su amenaza. No puede entonces reemplazar a los jueces competentes cuando la*





*ley ha previsto expresamente otras vías judiciales, a menos que se intente de manera excepcional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, lo cual en este caso no se presentó, según lo ha podido concluir ésta Sala, de los documentos y demás pruebas que obran en el expediente."*

Por su parte el artículo 118 del mismo ordenamiento procesal consagra expresamente: **"Perentoriedad de los términos y oportunidades procesales: Los términos y oportunidades señalados en este Código para la realización de los actos procesales de las partes y los auxiliares de la justicia, son perentorios e improrrogables, salvo disposición en contrario".**

Entiende el Despacho, que vía derecho de petición no se puede entrar a sustituir o adicionar dentro de los diferentes procesos judiciales, las oportunidades para interponer los recursos que ya fenecieron, o porque dichos recursos no fueron utilizados en debida forma.

En consecuencia, cuando se ha tenido al alcance un medio judicial ordinario y, más aún, cuando ese medio se ha agotado y se ha adelantado un proceso, no puede pretenderse adicionar al trámite ya surtido una acción de nulidad, vía derecho de petición, pues sería desconocer la ritualidad y perentoriedad de los términos procesales, pues parafraseando a la mismas Corte Constitucional: ***"Bien puede afirmarse que, tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el proceso, tal como lo acreditan sus remotos orígenes. En el sentir de esta Corte, nadie puede alegar que careció de medios de defensa si gozó de la oportunidad de un proceso y menos todavía si tomó parte en él hasta su conclusión y ejerció los recursos de que disponía. Pero, claro está, si pese a las ocasiones de defensa dentro del proceso y a las posibilidades de impugnación del fallo que le otorgaba el sistema jurídico en obedecimiento a claros principios constitucionales (artículos 29 y 31 de la Carta), el interesado se abstuvo de utilizar los mecanismos a su disposición, tampoco puede acudir a la institución de la tutela como última***

***tabla de salvación de sus pretensiones, por cuanto ello implica el alegato de su propia incuria contra el principio universalmente aceptado y desvirtúa el carácter subsidiario de la acción. Sobre el tema ha declarado la Corte Constitucional a propósito de casos concretos:***

***"Quien no ha hecho uso oportuno y adecuado de los medios procesales que la ley le ofrece para obtener el reconocimiento de sus derechos o prerrogativas se abandona voluntariamente a las consecuencias de los fallos que le son adversos. De su conducta omisiva no es responsable el Estado ni puede admitirse que la firmeza de los proveídos sobre los cuales el interesado no ejerció recurso constituya transgresión u ofensa a unos derechos que, pudiendo, no hizo valer en ocasión propicia.***

***Tampoco podría negarse que las equivocaciones de los jueces, cuando en ellas incurren, constituyen fuente de injusticias y de violaciones a los derechos de quienes tienen interés en los resultados del proceso, razón que justifica la existencia de múltiples medios de control previos, concomitantes y posteriores a la adopción de los fallos, a fin de asegurar que quien se considere lesionado en sus derechos pueda obtener que se corrija el rumbo del proceso, impugnar el fallo que le es adverso y verificar en diferentes momentos procesales si el juicio se ajusta a las prescripciones constitucionales y legales, dentro de un conjunto de garantías que nuestra Carta Política cobija bajo la institución del debido proceso consagrada en su artículo 29. La ley en su desarrollo, establece recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, impedimentos, recusaciones, principios de valoración y contradicción de las pruebas, nulidades y oportunidades de impugnación contra las providencias proferidas por el juez, entre otros medios cuyo objeto es el de verificar la observancia de la legalidad, la imparcialidad del juzgador, el respeto a los derechos de los afectados por sus decisiones y el mayor grado de justicia en el contenido de éstas, además de las formas de responsabilidad patrimonial del Estado y del propio juez por los perjuicios que ocasione un yerro judicial debidamente establecido por la jurisdicción correspondiente".*** (Auto 410-6560 mayo 26 de 1999)





# I. CONCORDATOS

## LA FACULTAD DISCRECIONAL DEL SUPERINTENDENTE PARA ADMITIR O NO A UNA SOCIEDAD AL CONCORDATO NO VIOLA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

La Superintendencia de Sociedades a partir de la vigencia de la Ley 222 de 1995, asumió la competencia para conocer de los procesos concursales que tramiten las sociedades comerciales, sucursales de sociedades extranjeras y empresas unipersonales; en consecuencia, las solicitudes de admisión a un proceso concursal deben presentarse ante esta Superintendencia, quien es competente para tramitarlas.

Ahora bien, con la expedición del Decreto 1080 de 1996, que reglamentó la Ley 222 de 1995, se indicaron las funciones de la Superintendencia de Sociedades, dentro de las cuales se encuentra la de "solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional, y en la forma, detalle y términos que ella determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica o administrativa de cualquier sociedad no vigilada por la Superintendencia Bancaria, o sobre operaciones específicas de la misma".

El mismo Decreto en el numeral 13 del artículo 4°,-establece que corresponde al Superintendente de Sociedades, asignar y distribuir las competencias de las distintas dependencias administrativas de la Superintendencia, para el mejor desempeño del servicio; es así como, a través de la Resolución No. 100-586 del 15 de abril de 1998, el Superintendente de Sociedades, en ejercicio de sus atribuciones legales determinó la estructura interna de esta Entidad y las funciones de los grupos que la integran. En la citada resolución se le atribuyó al Grupo de Concordatos la función de convocar al trámite de un proceso concordatario o de recuperación de negocios del deudor, previo concepto del Grupo de Diagnóstico Concursal, cuando sea necesario, a las sociedades comerciales, sucursales

de sociedades extranjeras y empresas unipersonales. Al citado grupo se le asignó la función de efectuar diagnóstico a las sociedades que soliciten o ameriten la apertura de un trámite concursal, ya sea a través de inspecciones, de visita o de los documentos allegados a este organismo y, proponer al Superintendente Delegado para los Procedimientos Mercantiles, la modalidad del proceso concursal a seguir.

Una vez hechas las anteriores precisiones tenemos que la misma Corte Constitucional en Sentencia C-233 de fecha 15 de mayo de 1997, con ponencia del Magistrado FABIO MORÓN DÍAZ, al estudiar la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 222 de 1995 que tratan el tema de las funciones de inspección, vigilancia y control de las normas que regulan los procesos concursales, señala a este respecto lo siguiente: "Es claro que las funciones de inspección, vigilancia y control... se inscriben dentro de la perspectiva más amplia de la necesaria intervención del Estado y del interés público que debe ser resguardado y también lo es que constituyen mecanismos especiales diseñados para realizar, de modo concreto y en un sector determinado de la actividad económica, las orientaciones generales de la política estatal y para verificar, en el área respecto de la cual operan, la cristalización de los imperativos ajenos al interés colectivo.

Como surge del propio texto de la Carta, las mentadas funciones se ha encomendado al Presidente de la República y, siendo evidente que no le es posible a quien es Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, asumir directa y personalmente su cumplimiento, es obvio que la Ley, en desarrollo de la Constitución Política, puede prever el adelantamiento de la labores inherentes a esa atribución presidencial por organismos especializados capaces de efectuarla con la eficacia y la exhaustividad requeridas, pues de otro modo los propósitos superiores quedarían desvirtuados al tornarse nugatorias las aludidas funciones presidenciales y, por contera, las que en los asuntos económicos atañen al Estado, merced a expresa disposición constitucional.





En efecto la ley prohija la distinción entre los conceptos de inspección, vigilancia y control, cada uno de los cuales apareja un repertorio de facultades que la Superintendencia de Sociedades podrá ejercer, según el supuesto de que se trate y dependiendo, de manera primordial, de la magnitud de las dificultades que la sociedad presente".

La Corte puntualiza "...que es suficiente el anterior repaso para arribar a la conclusión de que la fiscalización gubernamental que, con base en la preceptiva reseñada, cumple la Superintendencia de Sociedades es paulatina y tiene en cuenta el estado de la sociedad fiscalizada ya que dependiendo del grado de dificultad en que se halle se **determina la intensidad del escrutinio y, de acuerdo con ello, del catálogo de facultades normativamente señaladas se escogen las que han de ser aplicadas**, todo con miras a que se consolide un propósito de recuperación y conservación de la empresa "como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo", según se lee en la exposición de motivos del pertinente Proyecto de Ley.

**Así pues, la convocación a un trámite concursal no es la única medida a la que en forma inexorable tenga que acudirse,** puesto que en ejercicio del control la Superintendencia de Sociedades cuenta con un amplio abanico de facultades ordenadas a procurar el restablecimiento de la sociedad en situación de crisis, algunas de esas atribuciones permiten afirmar la existencia de una instancia preconcursal, siendo facultad de la Superintendencia, por ejemplo, "Promover la presentación de planes y programas encaminados a mejorar la situación que hubiere originado el control y vigilar la cumplida ejecución de los mismos.

(...) La Corte considera que ese margen de apreciación y facultad oficiosa de la Superintendencia de Sociedades[1] no se revelan contrarias a la Constitución, porque como se apuntó, el cumplimiento de las funciones de inspección, vigilancia y control y de las facultades de ellas derivadas, tiene como norte las pautas

[1] *Se está hablando de la facultad oficiosa para convocar a las sociedades a cualquiera de las dos modalidades de trámite concursal*

generales trazadas en la Ley y con arreglo a esos criterios normativos deben desarrollarse....

Pretender que absolutamente todas las decisiones que deban adoptarse frente a un sin número de hipótesis posibles, encuentren una consagración detallada en las normas no constituye más que una ilusión y por ello resulta apropiada y conveniente la combinación de los parámetros normativos con la apreciación que, sin perderlos de vista y ajustándose a ellos, efectúe, en las situaciones particulares, la Superintendencia de Sociedades con base en la aproximación a la realidad de los hechos", (negrillas fuera de texto).

En igual sentido se pronunció la misma Corporación en Sentencia T-299-97 con Ponencia del Magistrado EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, nos reitera: "Podría argumentarse que las competencias de la Superintendencia de Sociedades se contraen exclusivamente a lograr un acuerdo entre los acreedores y la empresa en concordato acerca del pago de los créditos concordatarios contraídos por aquélla. Sin embargo, la Corte considera que el cometido que la Constitución y la ley le han encomendado a la Superintendencia de Sociedades, esto es la inspección, vigilancia y control sobre las sociedades mercantiles (C.P., artículo 189 No. 24), implica una serie de facultades que pese a no estar definidas de manera detallada, son necesarias para el cabal cumplimiento de los fines para los que fue creada.

(...) A luz de estos postulados la Sala considera que la labor de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades no sería completa si sus funciones estuvieran relacionadas sólo con las obligaciones concordatarias. Ciertamente, "la recuperación económica de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo" (Ley 222 de 1995 artículo 94), como objetivo primordial del concordato preventivo obligatorio, no depende exclusivamente del acuerdo concordatario que se alcance entre las empresas y sus acreedores para el pago de los créditos contraídos con anterioridad a la apertura del trámite concursal, sino también de que la sociedad cancele oportunamente sus gastos de administración y otro tipo de obligaciones postconcordatarias".





Para la Corte Constitucional la Superintendencia de Sociedades tiene el deber de liquidar las empresas que claramente no se encuentren en posibilidad de recuperarse, pues de otra manera se estaría permitiendo inútilmente que aumenten los gastos de administración y otros pasivos, sin que exista la posibilidad de conseguir mayores recursos. Finalidad que sólo podemos cumplir realizando un detallado análisis de los documentos aportados por los empresarios en cada caso concreto o realizando visitas de inspección a las mismas empresas.

Por lo anterior, tenemos que si bien es cierto que las funciones de la Superintendencia se encuentran regladas por la ley, la cual señala unos requisitos que se deben cumplir para que una sociedad acceda a un trámite concursal, también lo es que estas facultades no la obligan a admitir a una sociedad a un trámite concusal como el concordato inexorablemente, cuando una vez **estudiados todos los documentos allegados con la solicitud** y realizado el diagnóstico de la situación de la empresa, tal como lo permite la ley, en forma discrecional, se concluye que la sociedad no es viable de recuperarse como unidad de explotación económica que es el objetivo primordial del concordato o acuerdo de recuperación de los negocios.

A pesar de que no es requisito indispensable para la apertura al trámite de un proceso concursal el realizar previamente un diagnóstico de la situación financiera de la empresa, si puede la Superintendencia cuando lo considere pertinente, realizar tal estudio, sin que por esto se esté reviviendo el texto del artículo 25 del Decreto 1080 declarado inexequible, sino dando cumplimiento a una cabal interpretación de las normas del derecho concursal y cumpliendo los fines últimos que la Constitución y la ley le señalan a nuestra Entidad.

Cuando, por vía de ejemplo, la sociedad funda sus expectativas de crecimiento y/o de salir adelante, únicamente en el cambio de comportamiento de la economía a nivel nacional, lo cual es perfectamente impredecible, de donde resulta que si este cambio de comportamiento (que es exógeno de la sociedad ) no se da, los administradores no cuentan con planes y programas sustentados

que permitan intuir que dentro de un proceso concursal van a lograr una mejoría en sus ventas, que a su vez les permite generar flujos de caja positivos y superar las dificultades que ahora afrontan.

En este orden de ideas, no se está frente a una empresa a la que un acuerdo concordatario, por bondadoso que sea, le dé espacio para generar los recursos necesarios para cubrir sus propios gastos y atender en un futuro las obligaciones tanto concordatarias como las que llegara a adquirir, de manera que pudiera cumplir con el objeto del concordato, cual es la "recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación y fuente generadora de empleo, así como la protección adecuada del crédito".

De otra parte, el artículo 13 de la Constitución consagra el llamado principio de igualdad y simultáneamente como un derecho, que supone una compresión armónica con el principio fundamental del Estado Social de Derecho (artículo 1º) lo que implica una prohibición para el Estado y los particulares de realizar conductas de discriminación. Este enfoque de la igualdad se complementa con la afirmación contenida en el inciso segundo del mismo precepto cuando señala que el Estado debe promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva.

En este orden de ideas, el principio–derecho de igualdad debe comprenderse como la prohibición al legislador, o a cualquier poder público, e incluso a los particulares de promover situaciones de discriminación injustificada, es decir, que supongan un régimen jurídico diferente entre los ciudadanos sin atender al propósito del logro de la igualdad real y efectiva, y de manera última a la consecución del bienestar general que es el propósito del logro de la igualdad real y efectiva, y de manera última a la consecución del bienestar general fin último de nuestro Estado Social de Derecho. (Auto 411-7092 septiembre 14 de 1998).





## RESTITUCIÓN DE BIENES MUEBLES E INMUEBLES QUE DETENTA EL DEUDOR EN CONCORDATO

Previa exposición de una serie de consideraciones que para los fines de este estudio se han tenido en cuenta, se le ha solicitado a esta Entidad que se aclare el concepto contenido en el oficio 220-54463 del 26 de noviembre de 1.996, publicado en el Boletín de Doctrina Jurídica y Contable No. 005 de 1997, a fin de señalar que es procedente un proceso de restitución de tenencia de un bien mueble o de un bien inmueble no destinado al desarrollo de la actividad de una empresa que se encuentra en concordato, aún cuando la causa de la demanda sea el no pago de créditos concordatarios.

Así mismo que se rectifique la posición de la Superintendencia contenida en Auto del 17 de abril de 1.997, según la cual el artículo 99 de la Ley 222 de 1995, es aplicable por analogía a los procesos de restitución de bienes muebles, cuando la causa de la petición sea el no pago de obligaciones concordatarias.

**CONSIDERACIONES PRELIMINARES:**

Antes de ocuparnos del análisis de las consideraciones jurídicas que debe tener en cuenta el Despacho para exponer su concepto sobre el asunto de fondo, es imperativo poner de presente que los criterios expuestos por la Superintendencia al responder un derecho de petición, tanto en este caso, como en el que dio origen a la expedición del oficio 220-54463 tienen el alcance previsto en el artículo 25 del estatuto contencioso administrativo y en consecuencia no son de obligatorio cumplimiento, razón por la cual los peticionarios pueden o no acatarlos.

De otra parte y en relación con el contenido del auto del 17 de abril de 1.997, cabe recordar que el derecho de petición no es el mecanismo procesal idóneo para modificar el contenido de las decisiones jurisdiccionales, pues si tal es el fin perseguido, deberán aplicarse las disposiciones del estatuto procesal civil y en

consecuencia compete a las partes intervinientes dentro del proceso o actuación hacer uso de los medios de impugnación que les brinda la ley. No obstante lo anterior y a título meramente informativo, el Despacho se ocupará sobre el particular, entendiendo que su parecer procura conocer el criterio de esta entidad, más que una revocatoria de la decisión mencionada.

No sobra agregar que esta Superintendencia no conoce de los procesos de restitución de tenencia que se adelanten contra el concordado y por tanto, compete única y exclusivamente al juez del conocimiento, precisar la incidencia de la apertura del concordato sobre los mencionados procesos.

**CONSIDERACIONES DE FONDO:**

**1. Carácter Universal del Concordato**

Dado el carácter universal del concordato, rasgo que es de la esencia de todo concurso, la ley establece que todos los acreedores del deudor, sin distingo de clase, naturaleza o cuantía de la obligación deberán comparecer al proceso dentro de la oportunidad prevista por la ley para hacer valer sus créditos, so pena de que sobre ellos recaigan las sanciones que la ley ha previsto por su desidia.

Esta regla constituye el pilar fundamental de todo concurso, razón por la cual los acreedores no pueden sustraerse de su aplicación, pues en ella se edifica la estructura del derecho concursal. Esta exigencia como resulta apenas lógico, se aplica única y exclusivamente a aquellas acreencias que tengan el carácter de concordatarias, por cuanto tales obligaciones existen al momento de la apertura del trámite.

Tratándose de cánones adeudados por el concordado a una compañía de leasing, que tengan la condición de créditos concordatarios, no admite discusión el hecho de que las mencionadas compañías deben como los demás acreedores hacerse parte dentro del concurso en la oportunidad legal, so pena de que haya lugar a la aplicación de las sanciones que establece





la ley por su no acatamiento. Llama de manera especial la atención el Despacho, en el sentido que la única forma de hacer valer un crédito concordatario es hacerse parte en el trámite, sin que resulte lícito plantear interpretaciones que procuren desconocer la mencionada regla.

En este sentido no debe perderse de vista que la ley establece que todos los procesos ejecutivos, demandas ejecutivas y procesos de jurisdicción coactiva que se promuevan contra el deudor deberán remitirse al juez del concordato, sin que resulte posible entender que los mismos continúan, pues ellos deben ceder ante las reglas del concurso. Igualmente, la ley prohibe a los acreedores iniciar procesos ejecutivos en los cuales se persiga el cobro de créditos que tengan el carácter de concordatarios.

**2. Tratamiento de los créditos concordatarios**

Tal como atrás se expresó, los créditos concordatarios son aquellos que tienen vocación para el trámite y por lo tanto deberán ser tenidos en cuenta para todos los efectos, quedando sujetos a las estipulaciones contenidas en el acuerdo concordatario, máxime cuando dicho acuerdo obliga aún a los acreedores ausentes y disidentes.

Si en el acuerdo se establecen reglas acerca de la manera como se atenderán las obligaciones insolutas del deudor, es claro que los efectos que hubiera generado el incumplimiento de estos, necesariamente son alterados con la decisión contenida en aquel, en especial si se tiene en cuenta que en el mismo se puede establecer la novación de las obligaciones o una dación en pago. Por ello, no tendría sentido sostener que en este caso el incumplimiento de las obligaciones concordatarias sigue produciendo efectos, pese a que las obligaciones se extinguieron o las partes convinieron reglas nuevas y distintas para su satisfacción.

### 3. Créditos postconcordatarios

Son créditos postconcordatarios aquellos que se causan con posterioridad a la apertura, razón por la cual no tienen vocación para el trámite que se adelanta y por lo tanto no podrán ser tenidos en cuenta para la celebración del acuerdo, pues no tienen vida jurídica en el momento en que se convoca a los acreedores al proceso (fecha de la providencia de apertura).

En cuanto a la forma de hacerlos efectivos, debemos señalar que el artículo 147 de la Ley 222 de 1.995 a diferencia del artículo 42 del Decreto 350 de 1.989, es de una claridad meridiana cuando establece que los acreedores están habilitados para acudir a la justicia ordinaria con el fin de obtener su satisfacción, lo cual implica entre otras posibilidades, la de promover un proceso ejecutivo contra el deudor y provocar la práctica de medidas cautelares.

En criterio de este Despacho el ejercicio de los derechos que la ley otorga a los acreedores postconcordatarios, no se contrae única y exclusivamente al proceso ejecutivo, sino que también habilita al acreedor para ejercitar todas aquellas acciones derivadas de la no atención oportuna de las obligaciones a su favor, pues si la ley faculta a acreedores con este tipo de créditos para acudir ante la justicia ordinaria para hacerlos valer, no tendría sentido entender que únicamente tienen derecho a su cobro y que no pueden pretender la restitución del bien.

En este aspecto debemos agregar que la posibilidad para iniciar el proceso de restitución no varía dependiendo de la clase o naturaleza del bien y por ende, procede tratándose tanto de bienes muebles o inmuebles, independientemente que en estos últimos desarrolle o no sus actividades la empresa deudora.

Sobre el punto en cuestión, debemos señalar que en criterio de este Despacho la regla contenida en el artículo 99 de la cual nos ocuparemos adelante, no puede ser interpretada de manera absoluta en el sentido que no procede la restitución del inmueble en el cual desarrolle sus actividades la empresa deudora pese a que el deudor no atienda sus obligaciones postconcordatarias. Esta





conclusión tiene como sustento el hecho de que estas obligaciones gozan de especial protección legal, al extremo que la ley las privilegia en una eventual liquidación obligatoria. Admitir que la restitución no procede en este caso, comportaría necesariamente un desconocimiento de las reglas que la ley establece y habilitaría al deudor para seguir ocupando el inmueble sin contraprestación ninguna a su cargo, lesionando el derecho del acreedor a obtener la satisfacción oportuna de su crédito o en caso negativo la restitución del bien, pues las normas que regulan el fenómeno contractual y concursal, no permiten colegir que en esta hipótesis el deudor ocupe gratuitamente el inmueble.

Tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos, la compañía en concordato debe contar con los recursos suficientes que le permitan honrar sus obligaciones postconcordatarias, en caso contrario, el concordato carece de razón de ser y habrá lugar a la liquidación obligatoria.

### 4. Alcance de la imposibilidad contenida en el artículo 99 de la Ley 222 de 1.995 para la restitución de bienes que detenta el deudor

En relación con este aspecto, el Despacho reitera la doctrina contenida en el Oficio 220- 54463 y expresa que la restitución de bienes del deudor no procede cuando la misma tenga como causa el no pago de las obligaciones concordatarias, sin que resulte de importancia efectuar distinciones en cuanto al bien materia de la restitución: mueble o inmueble.

Si tal como atrás se expresó, los créditos concordatarios deben hacerse valer dentro del trámite y estarán sujetos a las estipulaciones contenidas en el acuerdo que se llegare a celebrar, no tendría sentido habilitar al acreedor para que inicie un proceso de restitución cuando el mismo tenga como causa el no pago de los cánones, habida cuenta que la forma como se atenderán las obligaciones a cargo del deudor, entre ellas los cánones pendientes de pago, es de la esencia de todo acuerdo.

Ahora bien, si la causal es diferente a la mora vr. gr., el destino inadecuado del bien, su mal uso o el subarriendo, el proceso de restitución resulta procedente en atención a que la causal que se invoca no guarda relación con el no pago de las obligaciones concordatarias y por tanto, es un asunto por completo ajeno a las decisiones que puedan adoptarse en el acuerdo que llegue a celebrarse. Admitir la posición contraria, significaría cercenar el derecho del arrendador a obtener la restitución del bien por haberse configurado una de las causales que dan lugar a la terminación del vínculo y comportaría un premio para el deudor que desacata las estipulaciones contractuales, máxime cuando ese desacato o reparo no tiene conexidad con el estado de crisis económica por el cual atraviesa y tampoco es tema propio de un acuerdo concordatario, pues corresponde a un aspecto por completo ajeno al concurso.

Tratándose de inmuebles en los cuales funcione la actividad de la empresa, el Despacho entiende que no procede la restitución cuando la misma se edifique en el no pago de las obligaciones concordatarias; cuando la causal que se invoque se edifique en supuestos diferentes si procede la restitución.

**5. Aplicación analógica de la regla contenida en el artículo 99**

Toda vez que con base en las consideraciones anteriores se concluye que no cabe la restitución de bienes muebles o inmuebles, cuando ella tenga como causa el no pago de los cánones concordatarios, pierde importancia el análisis referente a la aplicación analógica del artículo 99, razón por la cual el Despacho no habrá de acuparse acerca del tema. No obstante, estima pertinente poner de presente la importancia que registran para una compañía en concordato tanto los bienes muebles como los inmuebles, en especial aquellos involucrados dentro de la actividad económica, por ello no resulta procedente efectuar distinciones respecto de los bienes muebles, pues tal parecer echa de menos la realidad económica del deudor en concordato, a título de ejemplo habrá que preguntarse: qué resultará más importante para una empresa, el inmueble donde funciona o la maquinaria que le permite





producir los bienes con los cuales obtiene sus ingresos operacionales, que le permitan salir adelante y atender las obligaciones concordatarias y las postconcordatarias?.

Es indudable que tanto el bien inmueble donde desarrolla las actividades la empresa deudora, como los bienes muebles involucrados dentro de la operación de la concordada resultan indispensables para el proceso de recuperación de la compañía que procura el concordato.

En cuanto a la afirmación, según la cual cuando el concordado es demandado en un proceso de restitución de tenencia, para ser oído necesariamente deberá pagar los cánones adeudados y si no lo hace no puede ejercer su derecho de defensa, por lo que según su criterio este Despacho debe impartir la autorización para pago que le solicite el concordado, so pena de que haya lugar a la restitución, debemos señalar que la regla a la que se alude y que se encuentra contenida en el artículo 424 del C. de P.C., es aplicable cuando la compañía se encuentra en condiciones normales y la causal que se invoca es la mora, pero resulta inaplicable una vez se haya decretado la apertura del concordato, toda vez que el deudor no es autónomo para pagar las obligaciones concordatarias aisladamente, sino que la satisfacción de todas ellas estará sujeta al acuerdo concordatario que se llegare a celebrar.

En efecto, de conformidad con el artículo 98 ordinal 3º de la Ley 222, al deudor no le es permitido hacer pagos o arreglos relacionados con sus obligaciones sin autorización del juez del concordato so pena de ineficacia. Si el deudor está impedido para pagar dentro del concordato y el juez sólo impartirá la autorización cuando estime necesaria, urgente o conveniente el pago, no resultaría sensato ni ajustado a la ley el hecho de que el acreedor inicie su proceso de restitución como mecanismo de presión al deudor, para obtener la satisfacción de su crédito por fuera del concurso, pues tal proceder no sólo es merecedor del rechazo del juez que conoce del proceso de restitución, sino igualmente del juez del concordato. Admitir que ante la no autorización el proceso sigue su curso y por tanto se dicta sentencia decretando la restitución, comporta necesariamente un constreñimiento para el juez del concordato, el cual debe ser rechazado

En resumen, admitido el deudor a concordato no es posible condicionarle su derecho a ser oído en el proceso de restitución al pago de las sumas adeudadas. Esta circunstancia debe ser calificada por el juez del conocimiento y compete única y exclusivamente a él pronunciarse sobre el particular.

**6. El Derecho de Propiedad**

Si bien en el escrito no se plantea de manera directa que la tesis contenida en el Oficio 220-54463 viola el derecho de propiedad de la compañía de leasing, sí se sugiere tal circunstancia, respecto de lo cual debe señalarse que la tesis allí contenida que se reitera en este pronunciamiento, no conlleva en modo alguno violación del derecho de propiedad, pues lejos de desconocer a la compañía de leasing como propietaria, se reafirma su carácter de propietaria al considerar viable la restitución por el no pago de obligaciones postconcordatarias, al igual que cuando la causal corresponda a hechos diferentes a la mora en el pago de los cánones.

No debe perderse de vista que la apertura del concordato comporta unos particulares efectos, que en algunos casos privilegian los intereses de la empresa por encima del interés particular del deudor y de los acreedores, los cuales se justifican en atención a la especial protección que merece la empresa como motor de la actividad económica. A título meramente ilustrativo se tiene que el deudor pierde la reserva de sus libros y papeles, la cual goza igualmente de protección constitucional y debe permitir el ejercicio de las atribuciones por parte del contralor y de la junta provisional de acreedores; las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios no pueden como consecuencia del no pago de sus obligaciones concordatarias suspender la prestación del servicio; a las partes no les es permitido establecer como causal de terminación de los contratos de tracto sucesivo la admisión a concordato; los acreedores no pueden ejercer su derecho de ejecución singular, así como tampoco obtener la satisfacción de su acreencia realizando compensaciones, razón por la cual a nadie debe extrañar las reglas que en materia de restitución de bienes hemos comentado, las cuales forman parte, como quedó dicho, de una política general del legislador en materia concordataria. (Oficio 220-20611 mayo 5 de 1998) Publicado Boletín No. 3 de junio de 1998).





## EL SUPERINTENDENTE DE SOCIEDADES PUEDE RECHAZAR CRÉDITOS, AUNQUE HUBIEREN SIDO CONCILIADOS

**¿Podrá el Superintendente de Sociedades en el auto de graduación y calificación de créditos rechazar algún crédito que hubiere sido conciliado por los acreedores y el deudor empresario, desconociendo así, dicha conciliación?**

Sobre el particular, es necesario señalar que a la audiencia preliminar concurren el deudor y los acreedores que se hayan hecho parte, con el fin de verificar los créditos presentados, deliberar sobre las objeciones formulas y **conciliar** las diferencias que se susciten acerca de éstas.

La pregunta supone que el crédito fue objetado por alguna razón y que en la audiencia preliminar se conciliaron las objeciones presentadas.

En este caso, la Superintendencia en la providencia de calificación y graduación, tendría que examinar cuáles fueron las causas que inicialmente motivaron las objeciones a los créditos conciliados, y si encuentra que no se aportó prueba sumaria de la existencia del crédito, prueba sumaria que además debe reunir los requisitos legales, está en la obligación de rechazarlo, aunque haya sido conciliado anteriormente, ya que los créditos deben cumplir los requisitos de ley y las partes no pueden obviarlos a través de la conciliación, habida cuenta que las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, al tenor de los dispuesto en el artículo 6º. del C. de P.C.,

Debemos entender que la prueba sumaria es aquella que no ha sido controvertida, pero que acredita plenamente un hecho y **cumple los requisitos legales**. (Oficio 660-0779 mayo 14 de 1999).

## EL REVISOR FISCAL NO PUEDE SER NOMBRADO POR LA JUNTA DE ACREEDORES

El numeral 6º. del artículo 115 de la Ley 222/95 dispone que una de las funciones de la Junta Provisional de Acreedores es la de "designar al revisor fiscal, en los casos previstos en la ley (Subraya el Despacho).

Pues bien, hasta la fecha no se ha expedido ley alguna que asigne a la Junta Provisional de Acreedores la función de nombrar al revisor fiscal, motivo por el cual la designación del mismo constituye una atribución privativa del máximo órgano social en los términos del artículo 204 del Código de Comercio. (Oficio 410-610-51835 agosto 31 de 1998).

## ES PROCEDENTE OTORGAR GARANTÍA REAL SOBRE BIENES AFECTOS AL TRÁMITE CONCURSAL PARA RESPALDAR EL PAGO DE GASTOS DE ADMINISTRACIÓN

¿Es procedente que una sociedad en concordato (admitida bajo la vigencia del Dto. 350 de 1989), otorgue garantía real sobre bienes de la empresa afectos al trámite concursal, para respaldar el pago de gastos de administración?

Al respecto es necesario señalar que resulta jurídicamente viable que una compañía sujeta al trámite de un concordato preventivo obligatorio con sus acreedores, constituya garantía real sobre bienes de su propiedad, afectos al cumplimiento de un acuerdo concordatario, para amparar obligaciones posconcordatarias a su cargo.

Es imperativo resaltar que la proyectada operación (caución) deberá contar con la autorización del juez del concordato (artículo 6º. ordinal 3º. del Decreto 350 de 1989), para lo cual deberá acreditarse la necesidad, urgencia o conveniencia de la pretendida operación. La anterior precisión se efectúa con el propósito de





absolver la pregunta relativa a la existencia de requisitos especiales a observar, en el evento en que sea procedente la constitución de tales garantías.

Una vez hechas las citadas consideraciones, se estima pertinente dejar en claro que en caso de incumplimiento de un acuerdo concodatario, la garantía otorgada por la deudora para respaldar obligaciones postconcordatarias, debe ser respetada. No obstante, los bienes respecto de los cuales se constituya la garantía no se encuentran excluidos de la "masa concursal" toda vez que el patrimonio del deudor es prenda común de garantía de los acreedores.

En cuanto a la pregunta según la cual "...si incumplido el compromiso de pago de gastos de administración se puede ejecutar la garantía sin que se alegue su sujeción al trámite concursal?", se impone acudir al oficio 220-45662 de 1997, en uno de cuyos apartes se puso de presente lo expresado por la Corte Constitucional – Sala de Revisión Tercera- según sentencia No. T-299 del 20 de junio del 1997.

A la luz de estos postulados, la Sala considera que la labor de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades no sería completa sí sus funciones estuvieran relacionadas solo con las obligaciones concordatarias. Ciertamente, a "la recuperación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo" (Ley 222 de 1995, artículo 94), como objetivo primordial del concordato preventivo obligatorio, no depende exclusivamente del acuerdo concodatario que se alcance entre la empresa y sus acreedores para el pago de los créditos contraídos con anterioridad a la apertura del trámite concursal sino, también, de que la sociedad cancele oportunamente sus gastos de administración y otro tipo de obligaciones postconcordatarias.

La falta de pago o el pago atrasado de las obligaciones de esta índole no puede ser un hecho indiferente para el concordato y las autoridades encargadas de tramitarlo, como quiera que este proceso concursal presupone que la empresa se encuentre en un nivel de actividad que, por lo menos, genera los recursos suficientes

para honrar los créditos y gastos postconcordatarios. Dicho de otro modo, cuando una sociedad en concordato deja de pagar sus obligaciones postconcordatarias, ello implica que los supuestos del concordato preventivo obligatorio han dejado de existir y la empresa debe ser liquidada.

Según el artículo 85-7 de la Ley 222 de 1995, la Superintendencia de Sociedades tiene la facultad para convocar de oficio a la sociedad al trámite de un proceso concursal (concordato o concurso liquidatorio), lo cual determina que si esa autoridad administrativa constata que por las razones indicadas los supuestos en que se funda el concordato ya no existen, está obligada a convocar, de oficio, a la empresa al trámite de un concurso liquidatorio".

Así las cosas, es claro que cuando una sociedad en concordato deja de pagar sus obligaciones postconcordatarias, la empresa debe ser liquidada.

En este orden de ideas es indispensable hacer énfasis en el artículo 161 de la Ley 222 de 1995, norma según la cual: "Cuando el trámite liquidatorio se inicie por causa del fracaso o incumplimiento del concordato, los gastos de administración originados en dicha etapa deberán graduarse y calificarse para que sean cancelados de manera preferencial, en relación con cualquier otro crédito presentado en la liquidación. En consecuencia, el liquidador una vez cancele estas acreencias, procederá a pagar las demás atendiendo el orden y la prelación definidos en la providencia de graduación y calificación".

**Finalmente, para una cabal ilustración sobre el tema, el artículo 151 de la Ley 222 de 1995, establece: "La apertura del trámite liquidatorio implica: La remisión e incorporación al trámite de la liquidación de todos los procesos de ejecución que se sigan contra el deudor, con tal fin se oficiará a los jueces que puedan conocer de procesos ejecutivos contra el deudor**". (Oficio 410-27402 mayo 27 de 1999).





## PARA FACILITAR UN ACUERDO CONCORDATARIO, SE PUEDE AUTORIZAR UN ACUERDO DE PAGO CON UN ACREEDOR

Dentro de las facultades regladas del juez del concordato, se encuentra la de autorizar aquellas operaciones que a su juicio representen un beneficio no sólo para la sociedad en concordato, sino que ellas redunden en provecho de los demás acreedores.

Es preciso señalar que lo dispuesto en el artículo 135 de la Ley 222 de 1995, no impide que si en el desarrollo de un proceso concordatario se presentan hechos que puedan contribuir a facilitar un acuerdo concordatario, puedan contar con el apoyo y autorización del juez del concordato. Así las cosas, siendo el crédito de la DIAN de aquellos que se encuentran privilegiados como de primera clase, este Despacho no considera que con la citada autorización se esté vulnerando el privilegio existente para los diferentes créditos aportados al concordato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2495 y siguientes del Código Civil.

La facilidad de pago que la concordada pretende realizar con la DIAN, formará parte del acuerdo privado concordatario, que la deudora pondrá a consideración de sus respectivos acreedores.

Ahora bien, cuando el Juez del concordato autoriza a la concordada para la celebración de algunos actos tendientes a propiciar un acuerdo concordatario, ello no puede significar que se garantice en forma absoluta la celebración del respectivo acuerdo. Lo único que se pretende es adoptar mecanismos que faciliten tal objetivo.

Cabe anotar que otra de las razones tenidas en cuenta por el Despacho al momento de expedir la providencia de autorización, tiene que ver con la posibilidad que a la deudora le asiste de acogerse al beneficio tributario que le otorga la Ley 488, de 1998 en su artículo 85, con lo cual se evita que el monto de la deuda contraída por la sociedad con dicha acreedora, aumente en perjuicio de ella misma y por consiguiente de sus respectivos acreedores.

El Despacho entiende que la facilidad de pago se encuentra sujeta adicionalmente, a que la misma sea aprobada por los demás acreedores, como quiera que hace parte del acuerdo privado concordatario que se pretende presentar para su aprobación y el cual debe contar con el quórum requerido para tales efectos.

Finalmente, debe precisarse que al momento de definir el quórum tendiente a la celebración del acuerdo, se deberá tener en cuenta a la DIAN, salvo que el crédito a su favor se encontrara satisfecho. (Auto 410-5542 abril 29 de 1999).

## CRÉDITOS FISCALES Y PARAFISCALES DENTRO DEL ACUERDO CONCORDATARIO

### I- PREVALENCIA DE LA LEY 222 DE 1995 FRENTE AL ESTATUTO TRIBUTARIO

La Superintendencia pone de presente que las normas de la Ley 222 de 1995 por ser normas procesales son de orden público y no tienen una jerarquía inferior a las del Estatuto Tributario, porque no se ha establecido supremacía de éstas sobre las demás que tienen fuerza de ley, como la citada Ley 222.

Es evidente que en derecho comparado existe una disciplina autónoma que se llama Derecho Concursal, prevista por el legislador para regular las situaciones de crisis de las empresas con sus acreedores. Ese derecho concursal ha sido definido por la doctrina, no solamente colombiana sino extranjera, en especial la española, argentina e italiana, como un derecho especial, porque ha sido concebido para circunstancias excepcionales, como la de un deudor que incumpla con sus obligaciones, en aras de permitirle que se recupere y a sus acreedores a obtener la satisfacción adecuada del crédito.

El derecho concursal ha consagrado unas reglas particulares, eventualmente contrarias si se quiere a las reglas tradicionales del ordenamiento y es precisamente en esas reglas que se corrobora y reafirma su existencia, las cuales no son propias del derecho





colombiano, sino del derecho comparado y que la Ley 222 de 1995 reafirmó a través de los principios de: La oficiosidad, la colectividad, la universalidad y la igualdad.

-LA OFICIOSIDAD es el reconocimiento expreso de que la crisis de la empresa no se puede dejar única y exclusivamente al deudor y a los acreedores, por ser un problema de orden público exige la inmediata reacción por parte del Estado, en particular si se toma en cuenta que cuando estamos frente a una crisis de un deudor, estamos frente a lo que la doctrina comparada ha llamado la concatenación de patrimonios, que es hoy en la realidad colombiana un hecho que no se puede ocultar; el sector real y el financiero viven, conviven y participan del desarrollo económico. Si un deudor se quiebra, obviamente sus proveedores se quiebran, sus trabajadores quedan cesantes, el fisco queda con un deudor menos que habrá de satisfacer sus acreencias. En relación con el tema de concatenación patrimonial la Ley 222 hizo una reinvindicación expresa del principio de oficiosidad cuando estableció que la liquidación obligatoria, a diferencia de la quiebra, se inicia de oficio y también reconoce la oficiosidad cuando permite que el concordato se inicie de oficio o por petición de cualquier acreedor.

LA COLECTIVIDAD implica que todos los acreedores del deudor sin excepción de ninguna clase, por su cuantía, rango, clase de la obligación o por cualquier otro factor deben venir al concordato. Por esa razón el concordato es un proceso universal y en desarrollo de esa universalidad es que todos los acreedores deben hacerse parte dentro del proceso, y asistir a las audiencias, entre ellas a la final.

Si se hace un recorrido histórico de lo que era la colectividad en el derecho colombiano, llegamos a la conclusión de que hoy la Ley 222 de 1995, con mayor fuerza y vigor, postula éste principio, pues el Código de Comercio de 1971 señalaba que los acreedores con garantía real podían prescindir de entrar al concordato, éste privilegio fue suprimido por el Decreto 350 de 1989, el que a la vez reconoció para las entidades estatales, fundamentalmente la DIAN, un privilegio proveniente del Estatuto Tributario, que modificaba reglas de derecho procesal y de derecho sustancial al permitirle

continuar con los procesos ejecutivos, razón en la que se ampara para no remitir los de jurisdicción coactiva alegando la aplicación preferente del Estatuto Tributario.

La Ley 222 solucionó cualquier discrepancia sobre ese particular y estableció de manera expresa, que en el concordato se incorporan no solamente los procesos ejecutivos adelantados por los deudores particulares, sino también los procesos ejecutivos adelantados por el Estado, porque entiende que el proceso de jurisdicción coactiva también tiene la misma vocación de un ejecutivo singular, sólo que la ley privilegia a ese acreedor (Estado) para que él sea a la vez juez y ejecutor, sin que ello desnaturalice el contexto del proceso ejecutivo. Con el Decreto 350, el crédito de la DIAN se entendía presentado en tiempo así no concurriera al concurso, hoy tiene que acudir al proceso, formar parte y participar en él, y por lo tanto ese concurrir la obliga a las resultas del proceso. Coherente con este principio todos los acreedores deben participar dentro del concordato para definir con el deudor la forma como van a recuperar la empresa y cómo van a satisfacer sus créditos, es por ello que ningún acreedor debe sustraerse del acuerdo concursal y esa no sustracción del acuerdo es el reconocimiento expreso de que ese acreedor queda sometido a lo que deudor y acreedores establezcan dentro del concordato.

- UNIVERSALIDAD, todos los bienes del deudor responden por las obligaciones y esa característica ya se ha precisado.

-IGUALDAD, es necesario poner de presente el antecedente histórico al que se ha hecho referencia, es decir, en el Decreto 350 se aplicaban las normas del Estatuto Tributario, por el contrario la Ley 222 en el artículo 135 es lo suficientemente clara y precisa, y a buena ahora para el Derecho Concursal Colombiano, al establecer que todos los acreedores del deudor están sujetos a las resultas del proceso. Este es el reconocimiento del principio de solidaridad que también tiene respaldo constitucional, al reconocer que una empresa en concordato no puede salir adelante sola sino que necesita del apoyo de todos y cada uno de los acreedores. Se ha registrado con complacencia, cómo acreedores laborales han convenido en capitalizar sus acreencias, acreedores que dicho sea





de paso, son más privilegiados o gozan de un mejor privilegio que la DIAN; cómo proveedores se han obligado a suministrar materia prima, acreedores financieros que han convenido en fijar reglas de juego distintas, para sacar adelante la empresa. Y es que el problema del concordato es un problema económico por lo que la formula debe obedecer a esa realidad.

Resulta que si se aplica el Estatuto Tributario, se encuentra que no es posible que la empresa se recupere, lo que conduce a afirmar que no es posible cumplir las normas del Estatuto Tributario, por ello la ley hace una reinvidicación y es que el Derecho Concursal también supone un sacrificio de todos a favor de la empresa, sacrificio de los acreedores en las quitas, en las esperas, en los intereses, en la renuncia a las garantías sobre bienes del deudor, sacrificio del deudor, porque el deudor para obtener el privilegio de un proceso concursal renuncia a lo que es mas valioso, su intimidad sobre sus libros y papeles.

Así las cosas, el derecho concursal, suprime derechos de los acreedores a favor de la empresa, luego a la pregunta si los creedores pueden embargar los bienes del deudor? La respuesta es afirmativa en el lenguaje del Código Civil, pero no, en el Derecho Concursal y ahí es donde la Superintendencia pone de presente que éste es un derecho excepcional que se justifica en la medida en que se recupera y se salva la empresa. Continuando con el ejemplo de la medida cautelar, un acreedor en un proceso ejecutivo puede embargar todos los bienes del deudor y lo primero que embarga son aquellos bienes que generan liquidez, como las cuentas corrientes bancarias, pero la Ley 222 protege a los acreedores porque hay un principio que es el de la universalidad, pero también debe proteger a la empresa, y entre dos valores en juego, cuales son, la protección del derecho de los acreedores y la protección de la empresa, prima la empresa, por eso es que en la providencia de apertura sólo se embargan los activos fijos y no sus inventarios, porque el secuestro de éstos es incompatible con la finalidad propia del concordato; si se embarga su materia prima, no puede seguir vendiendo los productos a los cuales se dedica, lo que implicaría la parálisis de la empresa, y ante la disyuntiva, empresa vs. protección del crédito, prima el derecho a la empresa

por encima de cualquier otra consideración. Por eso, cuando se incorporan procesos ejecutivos se levantan medidas cautelares, sobre bienes distintos a los que prevé el artículo 98 en su numeral 7º.

Queda así demostrado que el derecho concursal es un derecho excepcional, que impone sacrificios para todos, acreedores y deudor, a favor de la empresa. Tratándose de créditos estatales, el artículo 135 mencionado, hace una reivindicación precisa del principio de la igualdad, porque muchas veces la ley no tiene en cuenta al deudor sino a la empresa y siguiendo la tradición francesa podemos decir "que viva la empresa, pero que mueran los empresarios", lo que se concreta a través del acuerdo concordatario que tiene carácter general.

En últimas, esa es la reivindicación constitucional del principio de igualdad y de la par conditió creditorium. Sin menoscabo de los privilegios y preferencias establecidas en la ley, ha de atenderse el pago de las acreencias presentadas al concordato. Por ello la Superintendencia ha sido celosa de esa protección, a los acreedores con privilegio, a quienes se les atenderá sus acreencias en primer lugar.

Entiende la Superintendencia que la posición de la DIAN resulta obvia si se toma en cuenta los intereses que ella protege, pero los principios del derecho concursal se aplican sobre otros sistemas de legalidad. En el derecho privado opera el principio, que la Superintendencia ha puesto de presente en algunas decisiones de la fiducia, prior in tempore prior in iure, primero en el tiempo primero en el derecho, postulado que no opera en el proceso concursal porque cuando encuentra que un proveedor ha embargado bienes a su favor en un proceso ejecutivo a título singular, éste cede cuando estamos en un escenario concursal, porque allí no podemos permitir que opere el prio in tempore prio in iure, o que cada acreedor a su mejor conveniencia aplique las reglas ordinarias de su regulación, porque eso sería en términos prácticos negar la existencia del Derecho Concursal, generar una barbarie u orgía patrimonial porque cada acreedor procurará la satisfacción





indiscriminada de su acreencia por encima de cualquier consideración.

Como corolario, al Derecho Concursal vienen todos los acreedores así como el deudor, y en forma ordenada habrá de satisfacerse dentro de las reglas de la Ley 222 y dentro de las reglas del Código Civil. La mencionada Ley 222 ha establecido que los acreedores queden sujetos a las resultas del proceso, por tanto, puede establecerse en el acuerdo la existencia de rebajas por concepto de capital, se pueden establecer formas distintas de extinción de las obligaciones vr. gr. dación en pago, plazos e intereses distintos a los originalmente pactados. (Acta audiencia final marzo 23 de 1999).

## II. ESTÁN SUJETOS A LAS REGLAS SEÑALADAS PARA LOS DEMÁS ACREEDORES

¿Es posible que los acreedores concordatarios parafiscales otorguen rebajas de tasas de interés; pueden éstos oponerse a autorizar daciones en pago a otros acreedores paralizando así la consecución del acuerdo; el 75% de la Asamblea puede obligar a los acreedores parafiscales a aceptar la fórmula concordataria?

Con relación a los alcances del artículo 135 de la Ley 222/95 este despacho ha emitido pronunciamiento en el siguiente sentido:

"El inciso primero establece que el acuerdo concordatario tendrá carácter general, razón por la cual no debe excluirse ningún crédito. Reitera, que en todo caso el acuerdo deberá respetar los privilegios y preferencias establecidos por la ley.
"En materia de créditos fiscales y parafiscales, lo dicho significa que los mismos estarán sujetos al acuerdo concordatario, pero deberá respetarse su condición de créditos de primera clase, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 2495 del Código Civil.

"El inciso segundo regula dos aspectos distintos aunque complementarios entre sí, a saber: en su primera parte señala

que los créditos estatales estarán sujetos a las reglas señaladas en el acuerdo para los demás créditos, lo cual reitera el carácter universal del concordato.

"En relación con esta primera parte, debemos señalar que la misma se aplica para todos los créditos de las entidades estatales sin tener en cuenta su origen, es decir si se trata de créditos fiscales o parafiscales, originados en tasas, contribuciones, prestación de servicios públicos, etc. Lo dicho significa que todos los créditos estatales estarán sujetos a las reglas previstas en el acuerdo concordatario, sin que sea posible que el acreedor estatal pretenda la aplicación de las reglas que le son propias al crédito. Ello en modo alguno implica que los créditos estatales pierdan los privilegios previstos por la ley sustancial, pues las disposiciones concordatarias dejan a salvo de manera expresa los privilegios establecidos en la ley, simplemente significa que no podrán ser objeto de la legislación que les es propia.

"La segunda parte del inciso segundo contempla una regla especial para los créditos fiscales y parafiscales, según la cual, el acuerdo no podrá contener reglas que impliquen condonación o rebajas por impuestos, tasas o contribuciones, salvo en aquellos casos que lo permitan las disposiciones fiscales.

(...)

"Lo expresado significa que tratándose de sumas adeudadas por concepto de impuestos, tasas o contribuciones, no hay lugar a la reducción del monto de la obligación, siendo este el único aspecto en el cual la legislación concursal conserva el tratamiento del estatuto tributario. Por lo tanto, los demás aspectos atinentes a la extinción de la obligación estarán sujetos a las reglas contenidas en el acuerdo concordatario, no siendo aplicables las reglas previstas en el estatuto tributario, por eso, el acuerdo puede contemplar plazos superiores a los previstos en el estatuto tributario, contener daciones en pago, sin que sea procedente la aplicación de las reglas que este señala.





"En cuanto a las sanciones y **los intereses de mora** se estará a lo que se convenga en el acuerdo concordatario, al igual que para las demás clases o tipos de acreencias."[1] (Resaltado fuera de texto)

Resulta suficientemente clara la anterior exposición respecto de los alcances del artículo mencionado. Sin embargo, vale la pena hacer énfasis en la distinción conceptual de lo que constituye el impuesto, la tasa o la contribución en sí mismos considerados y sus respectivos intereses, pues de esta diferencia se derivan consecuencias jurídicas diversas, a la luz de la normativa concursal, toda vez que recae sobre aquellos la prohibición e imposibilidad de conceder condonaciones o rebajas, salvo los casos en que lo permita las disposiciones fiscales, y no sobre éstos, de donde forzoso es concluir que efectivamente procede la condonación y/o rebaja de intereses o sanciones generados por obligaciones fiscales o parafiscales.

Así mismo, es viable que la fórmula concordataria adoptada y aprobada con las formalidades arriba mencionadas, o en los términos del artículo 142 de la Ley 222 de 1995, contenga estipulaciones que impliquen condonaciones, rebajas de sanciones, intereses o tasas de interés.

**Facultad expresa de los representantes de las entidades estatales.**

Como complemento de lo mencionado, es preciso señalar los alcances de la regla establecida en el artículo 211 ibídem, cuando reza:

"FACULTADES DE LOS APODERADOS.

Los apoderados que designen el deudor y los acreedores que concurran al trámite del concordato o de la liquidación obligatoria, deberán ser abogados y se entenderán facultados para tomar toda clase de decisiones que correspondan a sus mandantes, inclusive las de celebrar concordato y obligarlos a las resultas del mismo.

[1] *Oficio 220-43617 de agosto de 1997, Superintendencia de Sociedades.*

PARÁGRAFO: De conformidad con lo previsto en el presente artículo, el representante de la Entidad estatal acreedora, tendrá entre otras facultades, la posibilidad de otorgar rebajas, disminuir intereses, conceder plazos, para lo cual deberá contar con autorización expresa del funcionario respectivo de la entidad oficial."

**Sobre este particular punto también se ha pronunciado este despacho en los siguientes términos:**

"Todos los apoderados designados por el deudor y los acreedores que se presentaron al trámite deberán ser abogados inscritos, y como una excepción a las reglas previstas por el ordenamiento procesal civil en cuanto al contenido de las facultades de los apoderados, los apoderados en el concordato o liquidación obligatoria gozarán de las más amplias facultades, comprometiendo a sus mandantes. Esta excepción al sistema procesal civil, según el cual las facultades que impliquen disposición del derecho en litigio deberán ser otorgadas de manera expresa, tiene como justificación la concepción del concordato como mecanismo de recuperación de la empresa, la multiplicidad y diversidad del contenido de la fórmula concordataria y la celeridad que implican decisiones como la aprobación de un concordato.

"Cuando el acreedor es una entidad estatal, se reitera la regla atrás enunciada, precisando que cuando quiera que el representante judicial de la entidad pública pretenda otorgar rebajas, disminuir intereses, conceder plazos, deberá contar con autorización expresa del funcionario respectivo de la entidad oficial.

"Llama de manera especial la atención el despacho en el sentido que la disposición solamente se aplica para aquellos casos en los cuales el representante directamente otorgue rebajas, disminuya intereses o conceda plazos; por lo tanto, cuando el acuerdo concordatario que se adopte por la mayoría de los acreedores y el deudor contemple plazos distintos, rebaja en los intereses, etc., no será necesario contar con la autorización expresa del funcionario de la entidad estatal. Admitir la posición contraria a fin de sostener que la disminución de plazos o las rebajas sólo pueden adoptarse con autorización expresa del funcionario de la entidad estatal, implica desnaturalizar el acuerdo concordatario, desconocer su carácter general y otorgar por vía de interpretación un privilegio que no contempló la ley sustancial ni procesal."

Baste tan sólo enfatizar lo dicho en el sentido de que interpretar de manera diferente las normas que regulan la materia que nos ocupa, haría nugatoria y de alguna manera manipulable, la consecución de la fórmula concordataria por quienes no teniendo una posición procesal o sustancial privilegiada pudiesen alegar tenerla y, de paso, particularizar la toma de decisiones que por esencia concursal deben tomarse de manera general.





Para terminar el análisis normativo pertinente, el artículo 236 ibídem establece que, "salvo lo previsto en el artículo 135, lo dispuesto en esta ley se entenderá sin perjuicio de las normas tributarias y de las especiales aplicables a las sociedades sometidas a la inspección, vigilancia o control de entidades distintas a la Superintendencia de Sociedades; así mismo se aplicará sin perjuicio de las normas que regulan el mercado público de valores." Lo anterior pone de presente la necesaria especialidad en la aplicación de las normas concursales frente a otras dispuestas en otros estatutos.

Esta y no otra, es la interpretación que este despacho estima debe hacerse de las normas transcritas.

## Conclusiones

1- Los apoderados y representantes de entidades públicas y privadas titulares de créditos fiscales y parafiscales que se presenten para su reclamación y pago al trámite concordatario de un deudor, están facultados para conceder rebajas, condonaciones o plazos si se trata de intereses, tasas de interés, sanciones, o multas, sea que provengan de obligaciones fiscales, parafiscales o de otra naturaleza.

2- La legislación tributaria prevé que procede la dación en pago por cancelación de sanciones e intereses.

3- Por virtud del principio de generalidad que caracteriza la fórmula concordataria, su aprobación tomada conforme a las mayorías legales, esto es, con el voto favorable del deudor y uno o más acreedores que representen por lo menos el 75% del valor de los créditos reconocidos y admitidos, obliga a ausentes y/o disidentes, o a quienes no participaron en su elaboración, si se trata de acuerdo por fuera de audiencia. Lo anterior significa, que si por mayoría se establece que las acreencias se extinguirán por medio de una dación en pago, las acreencias fiscales también quedarán sujetas a los términos del acuerdo, así voten negativamente la propuesta o no la compartan, pues la ley no les dio derecho de veto. (Oficio 220-77938 agosto 17 de 1999).

## EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONCORDATO FRENTE A LOS CRÉDITOS CONCORDATARIOS Y POSTCONCORDATARIOS

Cuando el trámite liquidatorio se inicie como consecuencia del incumplimiento del Concordato, los acreedores reconocidos y admitidos en él, se entenderán presentados en tiempo en el trámite liquidatorio (art. 158 inciso 2 Ley 222 de 19995), y dichas acreencias concordatarias mantendrán el valor reconocido en el acuerdo concordatario por cuanto, no obstante dicho incumplimiento, los contratos realizados entre particulares son ley para las partes [1], es así como una vez firmado el acuerdo, con el conjunto de las formalidades que le sean propias, adquiere la perfección y su destino es el de producir los efectos que por su medio buscaron las partes, el derecho civil le concede a dicho acuerdo, fuerza de ley, de tal manera que no pueden ser invalidados sino por el consentimiento mutuo de los contratantes o por causas legales. En este sentido la Superintendencia al momento de calificar y graduar los créditos no tasa intereses, costas, gastos, honorarios, comisiones, costos, ni sanciones de orden legal y convencional diferentes a los convenidos a través del Acuerdo Concordatario, entre la sociedad deudora y sus acreedores.

En igual forma los créditos que no hubieren sido objetados, o cuya objeción hubiere sido conciliada o decidida, no podrán ser controvertidos en la etapa de la liquidación (artículo 160 Ley 222 de 1995). Por consiguiente dichos créditos como se entienden incorporados de forma inmediata al proceso liquidatorio mantienen su valor reconocido en el Concordato.

Ahora bien, se pregunta:

Una vez se incumple un concordato, para efectos de la calificación de créditos y la prioridad en los pagos, conforme a las normas que

*[1] El artículo 1602 del Código Civil, dispone que "Todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales", el incumplimiento al Acuerdo Concordatario no constituye invalidación por causas legales, en el caso de ocurrir la consecuencia es el trámite liquidatorio.*





nos rigen, hay alguna preferencia para el pago de los créditos que se denominan post-concordatarios frente a los concordatarios resultantes del concordato incumplido? o están en igualdad de condiciones?

Sobre lo que antecede este Despacho considera:

Iniciado el trámite de liquidación obligatoria como consecuencia del incumplimiento del Concordato, se reconocen algunas obligaciones denominadas postconcordatarias, el artículo 147 de la Ley 222 de 1995 define dichas obligaciones postconcordatarias, dentro de las que incluye los gastos de administración, los de conservación de los bienes del deudor y las demás obligaciones causadas durante el trámite del concordato y la ejecución del acuerdo concordatario.

El artículo 161 de la Ley 222 alude a créditos postconcordatarios refiriéndose en el mismo texto a gastos de administración originados en la etapa concordataria, determinando que en el evento de liquidación obligatoria los créditos postconcordatarios tendrán preferencia en el pago; en consecuencia el liquidador, una vez cancele estas acreencias, procederá a pagar las demás atendiendo el orden y la prelación definidos en la providencia de graduación y calificación. (Oficio 440-1043 enero 16 de 1998).

## ES POSIBLE SUSPENDER LOS SERVICIOS PÚBLICOS CUANDO NO SE HAN ATENDIDO OBLIGACIONES POSTCONCORDATARIAS

En cuanto a la posibilidad de suspender la prestación de los servicios públicos cuando no se han atendido las obligaciones postconcordatarias el Despacho estima necesario efectuar las siguientes consideraciones:

1. Dispone el artículo 104 de la Ley 222 de 1995.

"Las personas o sociedades que presten servicios públicos domiciliarios o industriales al deudor, admitido o convocado a concordato, no podrán suspender

la prestación de aquellos por causa de tener créditos insolutos a su favor. Si la prestación estuviere suspendida, estarán obligados a restablecerla, so pena de responder por los perjuicios que ocasione. El valor de los nuevos servicios que se presten a partir de la apertura del concordato, se pagarán como obligaciones postconcordatarias".

Del contenido de la disposición transcrita, así como de otras regulaciones de la Ley 222 de 1995, se evidencia cómo el legislador distingue entre créditos concordatarios y postconcordatarios, entendidos estos últimos como aquellos que se causan con posterioridad a la iniciación del trámite y se pagarán de preferencia, habida consideración que no están sujetos a lo que se disponga en el acuerdo concordatario.

En atención al principio de colectividad la ley (artículo 120 ibídem) ha previsto que todos los acreedores del deudor admitido a concordato deberán hacerse parte dentro de la oportunidad definida por la ley, llamamiento que comprende a las entidades prestadoras de servicios públicos que tengan la condición de acreedores del deudor concordado.

En relación con la prestación de los servicios públicos, la ley ha previsto que una vez decretada la apertura del concordato, no es posible suspender la prestación de servicios públicos aduciendo el no pago de obligaciones posconcordatarias.

Esta exigencia obedece a dos circunstancias a saber: la importancia del legislador por hacer efectiva la recuperación de la empresa, la cual no se obtendría con la suspensión de los servicios públicos y de otra, que los créditos concordatarios por este concepto deberán hacerse valer dentro de la oportunidad definida por la ley, y estarán sujetos en consecuencia a lo que se disponga en el acuerdo concordatario.

Como atrás se señaló, las obligaciones postconcordatarias deberán ser atendidas en la medida que se vayan causando y los acreedores podrán acudir a la justicia ordinaria a fin de hacerlas valer.

Esta regla resulta de especial importancia, pues no tendría sentido que si la ley le da prelación a esta clase de obligaciones, los





acreedores daban seguir suministrando los servicios públicos al deudor pese a que el deudor no cumple con las mismas y en consecuencia no las atiende en la oportunidad debida, por lo cual a juicio de este Despacho procede la suspensión de los servicios públicos si el deudor no atiende las obligaciones postconcordatarias. Admitir la posición contraria implicaría desconocer el tratamiento preferencial que la ley le otorga a las acreencias postconcordatarias.

Sobre este particular y refiriéndose a los créditos postconcordatarios, esta Entidad los ha definido como aquellos que:

"...se causan con posterioridad a la apertura, razón por la cual no tienen vocación para el trámite que se adelanta y por lo tanto no podrán ser tenidos en cuenta par la celebración del acuerdo, pues no tienen vida jurídica en el momento en que se convoca a los acreedores al proceso (fecha de la providencia).

En cuanto a la forma de hacerlos efectivos, debemos señalar que el artículo 147 de la Ley 222 de 1995 a diferencia del artículo 42 del Decreto 350 de 1989, es de una claridad meridiana cuando establece que los acreedores están habilitados par acudir a la justicia ordinaria con el fin de obtener su satisfacción, lo cual implica entre otras posibilidades, la de promover un proceso ejecutivo contra el deudor y provocar la práctica de medidas cautelares.

En criterio de este Despacho el ejercicio de los derechos que la ley le otorga a los acreedores postconcordatarios, no se contrae única y exclusivamente al proceso ejecutivo, sino que también habilita al acreedor para ejercer todas aquellas acciones derivadas de la no atención oportuna de las obligaciones a su favor, pues si la ley faculta a acreedores con este tipo de créditos para acudir ante la justicia ordinaria para hacerlos valer, no tendría sentido entender que únicamente tienen derecho a su cobro y que no pueden pretender la restitución del bien". (Oficio 220-49346 agosto 20 1998).

## ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO A LA APROBACIÓN DEL ACUERDO CONCORDATARIO PRIVADO

La aprobación del acuerdo por parte de esta Superintendencia consiste en la confrontación del mismo, con las normas legales generales y especiales que regulan la materia; esto es, que además de la exigencia de capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita, inherentes a todo contrato, también se requieren aquellos especiales previstos en la ley para el proceso concursal tales como quórum, prelación, cancelación oportuna de los gastos postconcordatarios, etc.

Es claro que la confrontación como tal implica el estudio en forma general e integral de todas la cláusulas del compromiso, velando porque el mismo sea lo **suficientemente claro y entendible a todos los beneficiarios**, ya que no se puede perder de vista que debe ser de carácter general.

Es así como los aspectos privados, hechos o circunstancias derivadas de las cláusulas pactadas y que de hecho, si se consideraron entre quienes lo suscribieron es porque reviste la importancia legal pertinente y por ende, no pueden ser ajenos a esta Entidad.

En relación con los créditos laborales debe existir la relación de pago de sueldos, primas de servicios, vacaciones, intereses a las cesantías, liquidación de cesantías, pensiones, etc., puesto que es requisito expreso de ley, que en el acuerdo se deje esa constancia y se alleguen al Despacho los respectivos documentos, a fin de que formen parte del expediente que contiene el proceso.

En cuanto a las enmendaduras sobre el texto, debe el despacho advertir que no existe impedimento para que un documento registre enmendaduras, caso en el cual deberá estarse a las reglas sobre su interpretación.





En lo que atañe al nombramiento de la Junta Concordataria, debe tenerse en cuenta que si bien dicho órgano corresponde al resorte de la autonomía privada de las partes del acuerdo, el señalamiento en forma precisa de quiénes son sus miembros en el texto del acuerdo, procura que el mismo pueda ser cumplido a cabalidad sin traumatismos de ninguna clase, máxime cuando se trata de un acuerdo por fuera de audiencia.

En el supuesto que dentro del texto de un acuerdo privado, sometido a consideración de este Despacho, se acepte que se pagarán primero las obligaciones a favor de los proveedores, que son quirografarios, es decir, pertenecen a la quinta clase de créditos, artículo 2509 del Código Civil, frente a otra clase de créditos que se encuentran amparados con garantía prendaria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2494 del Código Civil pertenecen a la segunda clase de créditos, en lo que respecto a la prelación de pagos, si bien es cierto, el acuerdo privado en donde se trastoca el orden de preferencia, suscrito y presentado personalmente por no todos los acreedores que pertenecen a la segunda clase, lo cual implica que éstos expresamente y por su propia voluntad, renuncian a la garantía prendaria de su respectivos créditos, no le es aplicable a la entidad que no lo suscribió, siendo claro por ende que el deudor y los acreedores no se encontraban legalmente facultados para renunciar en nombre de otro al privilegio y la preferencia que corresponden a categorías jurídicas que no son susceptibles de transacción.

En este orden de ideas, el acuerdo concordatario es obligatorio para el empresario y los acreedores ausentes y disidentes, según lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 33 del Decreto 350 de 1989 (artículos 135 y 142 Ley 222/95). Lo que es inaceptable legalmente, se insiste, es colegir de lo anterior, que las garantías que amparan los créditos las cuales determinan el orden de prelación legal impuesto por la ley, puedan ser objeto de transacción, imponiéndose ello a quienes no renunciaron a la preferencia y privilegios a su favor, alegando el carácter obligatorio del acuerdo en relación con los disidentes o ausentes.

El acuerdo concordatario, como acto jurídico derivado del ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad privada, no puede prevalecer sobre las normas de orden público consagradas expresamente en la ley (artículo 1602 del Código Civil).

De conformidad con el mandato contenido en el parágrafo único del artículo 30 del Decreto 350 de 1989: "Las estipulaciones del acuerdo concordatario deberán tener carácter general, en forma que no quede excluido ningún crédito reconocido o admitido, y respetarán la prelación, los privilegios y preferencias establecidos en la ley" (el resaltado es del Despacho).

La remisión que hace el Decreto 350 de 1989 está referida a las disposiciones contenidas en los artículos 2494 y 2497 numeral 3º. del Código Civil, las cuales no pueden ser desconocidas ni transadas.

Con base en los mencionados argumentos legales, habría violación del juez del concordato, si se procede a impartir la aprobación al acuerdo celebrado entre la deudora y algunos de sus acreedores, cuando en éste se desconocen claras disposiciones contenidas tanto en el parágrafo único del artículo 30 del Decreto 350 de 1989, en el Código Civil y en la Constitución Nacional (artículos 228 y 230).
Aceptar lo contrario nos llevaría a concluir que los que suscriben el acuerdo concordatario pueden negociar libremente y a su antojo asuntos que no son objeto de transacción, como son los derechos inherentes a la naturaleza misma de las obligaciones, con lo cual se estarían arrogando el derecho de imponer decisiones claramente violatorias de ley, a los acreedores ausentes y disidentes.

Al respecto el Despacho hace las siguientes precisiones:

1 Las disposiciones consagradas en el artículo 2488 y siguientes del C.C. a las que remite expresamente el Decreto 350 de 1989, son de orden público y no miran, intereses de carácter particular.





2 El orden de preferencia no puede ser trastocado por la voluntad de las partes, contenida en un convenio o acuerdo privado.

3 Un acuerdo privado no puede violar la ley, ni transar cuestiones que no pueden ser objeto de transacción alguna.

Lo anterior no obsta para que un acreedor con un determinado derecho pueda desistir total o parcialmente de las pretensiones que quiere hacer valer dentro del proceso concursal. Por eso, se entiende, que los acreedores que suscriben el acuerdo privado, están desistiendo de ellas, al renunciar a la preferencia y privilegio a su favor.

Es así como los acreedores prendarios no pueden, por fuera del concordato proceder a ejecutar al deudor admitido a éste, siguiendo la vía coercitiva por cuanto su crédito debe someterse a los principios y reglas que rigen el proceso concursal que se caracteriza por su universalidad; lo cual es cierto, pero de ello no puede inferirse, que el tratamiento de las garantías reales, sean éstas hipotecarias o prendarias, puedan ser objeto de transgresión en el acuerdo privado que se presente al juez del concordato para su aprobación, y que terceros puedan decidir por otros sobre cuestiones relativas a la naturaleza de la obligación o al orden de prelación legal, que no son transigibles.

En el acuerdo privado se pueden acordar plazos diferentes para el pago de las obligaciones principales, reducir los intereses, transar sobre la cuantía, pero en ningún caso modificar la naturaleza misma de la obligación o novar la inmutabilidad de la obligación principal que va acompañada de todas sus garantías, sin que medie el consentimiento del dueño del bien pignorado o hipotecado, para pactar, en contravía, por ejemplo, que un crédito contingente sea tomado como cierto o una acreencia litigiosa como resuelta, o desconocer que un crédito con garantía real está más protegido legalmente que un crédito quirografario, porque en tales eventos se estarían desconociendo categorías jurídicas especialmente reconocidas y protegidas por el legislador, reiterándose, que en ningún caso los particulares pueden transar total o parcialmente

asuntos consagrados en disposiciones de orden público, pero, salvo prohibición expresa consagrada en la ley, los directamente interesados pueden expresamente desistir o renunciar a los derechos que de ellas se derivan.

En cuanto a la sumatoria de las acreencias para efectos de establecer el quórum requerido, cabe señalar que los créditos contingentes no pueden contabilizarse, teniendo en cuenta que, según las voces del artículo 52 del Decreto 2649 de 1993, la contingencia se define como: "Una condición, situación o conjunto de circunstancias existentes, que implican duda respecto a una posible ganancia o pérdida por parte de un ente económico, duda que se resolverá en último término cuando uno o más eventos futuros ocurren o dejan de ocurrir". (Autos 410-3232 abril 28 de 1998 y 410-5208 abril 22 de 1999).

## LA VARIACIÓN A LAS REGLAS DEL ÓRGANO DE FISCALIZACIÓN EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN DEL ACUERDO CORRESPONDE AL DEUDOR Y ACREEDORES.

En relación con los órganos que surgen en desarrollo de un proceso concursal, es conveniente tener en cuenta las etapas que se desprenden del mismo; la de trámite, se inicia con la providencia de apertura y termina con la aprobación del acuerdo concordatario; y la de ejecución, que va desde la aprobación de dicho acuerdo hasta el auto que declara terminado el concordato.

Así, dentro de la primera fase del concordato surgen dos órganos de fiscalización cuales son el contralor y la junta provisional de acreedores, cuyo objetivo es facilitar el proceso de acuerdo entre los acreedores y el empresario deudor, órganos que cesan en sus funciones una vez se apruebe el acuerdo concordatario (artículo 139 de la Ley 222 de 1995).

En segunda fase puede surgir, como consecuencia de la autonomía privada de las partes, **un órgano de vigilancia** elegido e integrado





por los acreedores de la sociedad en concordato. Es necesario advertir que este órgano corresponde a una de las cláusulas del acuerdo concordatario y como emanación de la autonomía privada, su regulación está deferida a las reglas que se hubiesen consignado al efecto, las cuales deberán ser acatadas en cumplimiento de la preceptiva contenida en el artículo 1602 del Código Civil.

En este orden de ideas, puede afirmarse que cualquier variación o modificación de las reglas que gobiernan dicho órgano de vigilancia entre ellas la relativa a su composición, requiere ser sometida a consideración de los acreedores y el deudor. Por ello, no resulta posible que la misma junta proceda a modificar las reglas consignadas en el acuerdo concordatario, pues tal atribución jamás le fue conferida, así como tampoco resulta posible que las partes involucradas en el acuerdo concordatario (acreedores y deudor) desatiendan las reglas que consignaron al efecto, pues si pretenden establecer reglas distintas deberán necesariamente acudir a los mecanismos que la ley brinda al efecto.

Al respecto, el artículo 131 de la Ley 222 de 1995, establece: "En cualquier época a solicitud conjunta del deudor y cualquier número de acreedores que hayan intervenido en el trámite, de sus cesionarios o subrogatorios, que representen no menos del cincuenta por ciento (50%) de los créditos reconocidos, admitidos y aún no cancelados, la Superintendencia de Sociedades deberá convocar a los acreedores a fin de que adopten las decisiones que sean necesarias para interpretar, modificar o facilitar el cumplimiento del concordato..."

Ahora bien, si existen dudas en cuanto a los alcances de las atribuciones de la junta de vigilancia, la disposición transcrita permite que las mismas sean dilucidadas por quienes dieron lugar a las estipulaciones que la gobiernan, procediendo igualmente la celebración de una audiencia.

En otras palabras, siempre que se susciten inquietudes o controversias en cuanto a la interpretación del acuerdo, las mismas deberán ser debatidas en el escenario natural previsto por la ley para el efecto, cual es la audiencia de modificación a la cual

deberán concurrir acreedores y deudor, quienes dieron vida a las cláusulas materia de análisis y estudio. (Oficio 320-66377 octubre 20 de 1998).

## OPORTUNIDAD PARA SOLICITAR LA DECLARATORIA DE NULIDAD DEL ACUERDO CONCORDATARIO

El artículo 135 de la Ley 222 de 1995, consagra que el acuerdo debe reunir las siguientes características. "Las estipulaciones del acuerdo concordatario deberán tener carácter general, en forma que **no quede excluido ningún crédito reconocido o admitido**, y respetarán la prelación, los privilegios y preferencias establecidas en la ley". Requisitos éstos que se cumplieron a cabalidad en el trámite de la referencia, por lo tanto no existe razón para que el Juez del concurso entienda que se encuentra viciado de nulidad el acuerdo celebrado porque uno de los acreedores no pudo votar en el acuerdo y su crédito se encuentra rechazado por problemas de personería, los cuales debieron ser subsanados en el momento procesal correspondiente y no ahora vía derecho de petición, violando con ello la ritualidad y el carácter preclusivo que reviste todo proceso jurisdiccional.

En consecuencia, cuando se ha tenido al alcance un medio judicial ordinario y, más aún, cuando ese medio se ha agotado y se ha adelantado un proceso, no puede pretenderse adicionar al trámite ya surtido una acción de nulidad, vía derecho de petición, pues sería desconocer la ritualidad y perentoriedad de los términos procesales, pues parafraseando a la misma Corte Constitucional "**Bien puede afirmarse que, tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el proceso, tal como lo acreditan sus remotos orígenes. En el sentir de esta Corte, nadie puede alegar que careció de medios de defensa si gozó de la oportunidad de un proceso y menos todavía si tomó parte en él hasta su conclusión y ejerció los recursos de que disponía. Pero, claro está, si pese a las ocasiones de defensa dentro del proceso y a las**





**posibilidades de impugnación del fallo que le otorgaba el sistema jurídico en obedecimiento a claros principios constitucionales (artículos 29 y 31 de la Carta), el interesado se abstuvo de utilizar los mecanismos a su disposición, tampoco puede acudir a la institución de la tutela como última tabla de salvación en sus pretensiones, por cuanto ello implica el alegato de su propia incuria contra el principio universalmente aceptado y desvirtúa el carácter subsidiario de la acción. Sobre el tema ha declarado la Corte Constitucional a propósito de casos concretos:**

**"Quien no ha hecho uso oportuno y adecuado de los medios procesales que la ley le ofrece para obtener el reconocimiento de sus derechos o prerrogativas se abandona voluntariamente a las consecuencias de los fallos que le son adversos. De su conducta omisiva no es responsable el Estado ni puede admitirse que la firmeza de los proveídos sobre los cuales el interesado no ejerció recurso constituya transgresión u ofensa a unos derechos que pudiendo, no hizo valer en ocasión propicia.**

**Tampoco podría negarse que las equivocaciones de los jueces, cuando en ellas incurren, constituyen fuente de injusticias y de violaciones a los derechos de quienes tienen interés en los resultados del proceso, razón que justifica la existencia de múltiples medios de control previos, concomitantes y posteriores a la adopción de los fallos, a fin de asegurar que quien se considere lesionado en sus derechos pueda obtener que se corrija el rumbo del proceso, impugnar el fallo que le es adverso y verificar en diferentes momentos procesales si el juicio se ajusta a las prescripciones constitucionales y legales, dentro de un conjunto de garantías que nuestra Carta Política cobija bajo la institución del debido proceso consagrada en su artículo 29. La ley en su desarrollo, establece recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, impedimentos, recusaciones, principios de valoración y contradicción de las pruebas, nulidades y oportunidades de impugnación contra las providencias proferidas por el juez, entre otros medios cuyo**

**objeto es el de verificar la observancia de la legalidad, la imparcialidad del juzgador, el respeto a los derechos de los afectados por sus decisiones y el mayor grado de justicia en el contenido de éstas, además de las formas de responsabilidad patrimonial del Estado y del propio juez por los perjuicios que ocasione un yerro judicial debidamente establecido por la jurisdicción correspondiente"**. (Auto 410-6560 mayo 26 de 1999).





# II. LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA

## EFECTOS DE LA APERTURA DEL TRÁMITE LIQUIDATORIO RESPECTO DE LOS ADMINISTRADORES CON VÍNCULO LABORAL

La apertura del trámite liquidatorio, implica como consecuencia legal, la separación de los administradores y ni el empleador ni el trabajador que se desempeña como administrador, se pueden resistir; por medio de una orden de autoridad competente y de forzosa ejecución, se configuran los presupuestos dispuestos en el artículo 151 numeral 1 de la Ley 222 de 1995, por lo cual se afirma que nos encontramos frente a una de las causales de suspensión, de los contratos de trabajo, de conformidad con el artículo 51 numeral 1 del Código Sustantivo del Trabajo.

Para estos casos de fuerza mayor o caso fortuito, el artículo 44 del Decreto Reglamentario 1469 de 1978 dispone: "En los casos de suspensión o terminación del contrato de trabajo por fuerza mayor o caso fortuito previstos en los artículos 51 y 466 del Código Sustantivo de Trabajo la empresa o el trabajador debe dar aviso inmediato al inspector de trabajo del lugar o en su defecto a la primera autoridad política, a fin de que se compruebe esa circunstancia".

Como consecuencia de lo anterior, es el liquidador, como representante legal de la empresa en liquidación, o, en su defecto, el trabajador, quienes deben comunicar a la autoridad de trabajo correspondiente la apertura del trámite liquidatorio, una vez en firme el auto, para que se compruebe la circunstancia del caso fortuito o la fuerza mayor.

En virtud de la suspensión de los contratos de trabajo se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio, y para el patrono la de pagar los salarios por el lapso que ella dure, pero durante la suspensión corren a cargo del patrono, además de las obligaciones surgidas con anterioridad, las que les correspondan por muerte y por enfermedad de los trabajadores, en los términos y con las

condiciones determinadas por el artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo.

"El fin del período de suspensión de los contratos de trabajo, es dar una oportunidad para evitar el cierre de la empresa, ya que no toda disolución de la sociedad implica necesariamente el cierre definitivo de la empresa, pues bien puede suceder que se pueda vender la unidad económica con lo cual se preserva la fuente de empleo, o se pueda considerar viable, en aplicación del artículo 200 de la Ley 222 de 1995.

Si no resulta viable la preservación de la empresa, por cuanto no es posible la enajenación realizada en bloque o en estado de unidad económica, circunstancia en la que operaría la sustitución patronal en los términos de los artículos 67 y siguientes del Código Sustantivo de Trabajo, o no se lograran los presupuestos dispuesto en el artículo 200 de la Ley 222 de 1995, el auto que ordena la apertura del trámite liquidatorio es prueba suficiente para solicitar el permiso para el cierre definitivo de la empresa el cual es causal determinada por la ley (artículo 61 del C.S.T.), de terminación de los contratos de trabajo vigentes, requiriéndose autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Es así que, en opinión de este despacho, como efecto de la apertura del trámite liquidatorio se configura una causal de suspensión de su contrato de trabajo, en los términos y condiciones determinados por el artículo 51 numeral 1 del Código Sustantivo del Trabajo, por las siguientes razones:

El artículo 151 de la Ley 222 de 1995, dispuso como implicación de la apertura del trámite liquidatorio, la separación de los administradores de la entidad deudora.

A fin de que se compruebe la circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito deberá dar el aviso a la autoridad de trabajo correspondiente en los términos del artículo 44 del Decreto Reglamentario 1469 de 1978. En este mismo sentido deberá evaluar la posibilidad de realizar los trámites necesarios para el cierre definitivo de la empresa. (Oficio 440-45823 agosto 4/ 1998).





## EFECTOS DE LA APERTURA DEL TRÁMITE LIQUIDATORIO RESPECTO DE LOS BIENES DEL DEUDOR

El artículo 151 de la Ley 222 de 1995, regula detalladamente los efectos de la apertura del proceso concursal de liquidación OBLIGATORIA. En dicha norma se pone de presente tanto el carácter universal y colectivo del procedimiento, como su fuero de atracción. Es así como todos los bienes embargables del deudor quedan afectos a la finalidad del trámite, para garantizar que los mismos no sufran desmedro o sean enajenados por el deudor y es por ello que en la providencia de apertura se ordene el embargo, secuestro y avalúo de todos ellos.

Como medida obvia de publicidad, la providencia de apertura del proceso de liquidación debe inscribirse tanto en el registro mercantil de la Cámara de Comercio del domicilio principal de la entidad deudora, como en aquellas correspondientes a los lugares donde ésta tenga sucursales, agencias o establecimientos de comercio. En lo que respecta a la formación de los activos que componen el patrimonio a liquidar, el liquidador designado debe, haciendo uso de la facultad de gestión, RECUPERAR LOS BIENES que por cualquier concepto deban ingresar al activo a liquidar, para posterior a ello, proceder a pagar el pasivo externo.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 179 ibídem "el patrimonio del deudor que es objeto de liquidación obligatoria, está conformado por la totalidad de los activos que tengan un valor económico y la totalidad de los pasivos. Se exceptúan los bienes inembargables y los derechos personalísimos e intransferibles". Obsérvese que los activos que conforman el patrimonio a liquidar, son todos los bienes y derechos que estén en cabeza del deudor.

El artículo 905 del Código de Comercio establece: "la compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero....", norma que debe ser observada en concordancia con el artículo 922 ibídem "la tradición del dominio de los bienes raíces requerirá, además de la

inscripción del título en la correspondiente oficina de Instrumentos Públicos, la entrega material de la cosa...."

Indiscutiblemente se requiere no solo la entrega material de la cosa, sino la transmisión del dominio, para el cumplimiento de esa obligación.

En cuanto al incumplimiento por parte del vendedor de la obligación de transmitir el dominio, o la de terminar de pagar el precio por parte del comprador, existe una diferencia importante en materia Civil y Comercial. En el Código Civil, el comprador podrá pedir la resolución del contrato mediante un proceso ordinario, en cambio en el de Comercio, se establece que el comprador podrá pedir directamente en proceso ejecutivo, la indemnización de prejuicios sin necesidad de recurrir al proceso ordinario (artículo 925 del C. Co.).

Como ya se estableció, es una obligación del vendedor el transferir la propiedad, luego si el vendedor solo entrega, pero no transfiere, no cumple con la obligación del contrato. El contrato de compraventa es solo un título que genera obligaciones, siendo necesario acudir al modo para transferir.

El artículo 922 del Código de Comercio, lo que hizo fue reglamentar las acciones del vendedor que emanan del título (contrato), la norma erró sustancialmente al confundir la tradición como modo de adquirir el dominio de las cosas, con la obligación del vendedor de un bien inmueble. En cuanto hace la obligación, se puede exigir no solo la inscripción del título, sino la entrega del bien como criterio esencial para el cumplimiento de la obligación.

El contrato es el título, que genera obligaciones para los contratantes, y la tradición es el modo, de suerte que los efectos y alcances del contrato (Título) no puede confundirse o asimilarse con el modo de adquirir el dominio de las cosas.

En síntesis, todo contrato de compraventa es un título traslaticio de dominio al cual debe seguir la tradición o transmisión de dominio; por lo tanto toda venta engendra para el vendedor la obligación de transmitir el dominio. Así en el derecho colombiano la venta de la





propiedad en ningún caso sirve para transferir el derecho, sino que se limita a crear la obligación de trasmitirlo; que se necesita un segundo proceso que sea idóneo para ejecutar la transmisión y que recibe el nombre de tradición. En pocas palabras, a todo contrato de compraventa debe seguir la tradición de la cosa vendida. Repárese que el artículo 1849 al definir la venta, le señala como único efecto el obligar a las partes, y el 745 exige que toda tradición debe tener una causa anterior que en el presente caso es precisamente el propio contrato de venta.

Nuestra legislación no duda que el papel propio del contrato de venta es servir de instrumento creador de obligaciones. En relación con los inmuebles, los dos procesos son bien notorios y no se realizan simultáneamente, siendo posible diferenciarlos, pues firmada la escritura pública de venta del inmueble por los contratantes y el Notario, ha concluido el contrato y de él han surgido las obligaciones respectivas, realizando el registro de la copia de escritura pública en la oficina de registro de instrumentos públicos, efectuándose allí el segundo proceso cual es la tradición. En todo caso, sólo a partir del registro de la escritura se mira al comprador como propietario, mas no con el sólo contrato de compraventa. La falta del registro del contrato de compraventa, fuera de impedir la tradición del derecho de dominio, hace INOPONIBLE el contrato en comento a terceros, toda vez que no existe publicidad del mismo.

El artículo 1880 del C.C. se refiere a las obligaciones del vendedor, estableciendo en ella la entrega o tradición, a su vez el artículo 922 del C. Co. establece igualmente la tradición de los bienes raíces. Al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia de septiembre 2 de 1970 estableció. "El pago de las obligaciones de dar se cumple por medio de la tradición. Así, quien contrajo la obligación de dar o transferir el dominio sobre un inmueble, en virtud de la naturaleza de éste, sólo puede cumplir la obligación de tradir por medio de la competente inscripción del título en la oficina de Registro". (Oficio 660-440-0980 septiembre 1º. 1997).

## EFECTOS DE LA APERTURA DEL TRAMITE LIQUIDATORIO RESPECTO DE LA NOTIFICACIÓN A LOS ACREEDORES DEL DEUDOR

**De conformidad con el numeral 7 del artículo 157 de la Ley 222 de 1995, durante el término de fijación del edicto, este se publicará por el liquidador o cualquier acreedor en un diario de amplia circulación nacional y otro del domicilio principal del deudor, si lo hubiere, y será radiodifundido en una emisora que tenga sintonía en dicho domicilio. Las publicaciones y constancia de la emisora deberán allegarse dentro de los diez días siguientes al vencimiento del término de fijación del edicto.**

La finalidad propuesta con la norma en comento se cumple por el efecto de la publicidad, la cual se surte con la fijación del edicto emplazatorio a los acreedores, propuesta con la norma en comento se cumple por el efecto de la publicidad, la cual se surte con la fijación emplazatorio a los acreedores.

De lo anterior podemos precisar los siguiente:

La finalidad de la notificación del edicto emplazatorio a los acreedores de la sociedad concursada es que las personas que tengan algún derecho de crédito con ella, se presenten al proceso para que hagan valer sus derechos, de acuerdo con las formalidades legales pertinentes. Dicha notificación se surte en dos etapas, a saber: la fijación del edicto, por espacio de diez días, en la Superintendencia de Sociedades y la publicación del mencionado edicto en un diario de amplia circulación nacional y otro del domicilio, principal si lo hubiere, y la radiodifusión del mismo en una emisora que tenga sintonía en dicho domicilio, etapa ésta que se debe surtir durante el término de fijación del edicto en la Superintendencia de Sociedades.

Cumplida la fase de notificación, queda legalmente surtida la misma, y se procederá a incorporar los documentos soportes de ésta en el respectivo expediente, para que sea consultada por la parte interesada en el desarrollo del proceso liquidatorio.





Los acreedores no participan en la fase de notificación y, mucho menos, ésta los puede llegar a perjudicar, si se ha cumplido dentro del término legal. El aporte oportuno de las constancias de publicación y radiodifusión del edicto emplazatorio al expediente NO VERIFICA LA LEGALIDAD DE LAS PUBLICACIONES Y RADIODIFUSIÓN del edicto. Por el contrario, el aporte oportuno de aquellas verifica el cumplimiento de lo ordenado por la Ley, en cuanto a la NOTIFICACIÓN a terceros, para realizar los correctivos del caso, en el evento en que esta fase se surta en contravención a lo estipulado en la Ley, caso en el cual podría generar una eventual nulidad.

Como ya lo hemos anotado en varias oportunidades, la irregularidad que se pueda presentar por la llegada, fuera de tiempo de las constancias de la notificación se subsana con la presentación de las mismas, sin que ello implique que haya de declararse la nulidad y empezar nuevamente el proceso liquidatorio, pues se estarían desconociendo normas elementales del Derecho, para acomodarlas a propósitos personales y obtener un resultado que debió darse en su oportunidad procesal. (Auto 440-2944 marzo 5 de 1999).

## PRUEBA SUMARIA EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA

Establece el artículo 158 de la ley 222 de 1995 la oportunidad y la forma de presentación de los créditos cuya reclamación se pretende en el concurso liquidatorio. Así, los acreedores podrán hacerse parte personalmente o por medio de apoderado, presentando prueba siquiera sumaria de la existencia de sus créditos.

Ello supone, en consecuencia, que la solicitud deberá acompañarse de los suficientes documentos probatorios que ameriten un convenciiento pleno de parte del juez del concurso de la existencia de la obligación, vr. gr. títulos valores, contratos de prestación de servicios, facturas, sentencias condenatorias ejecutoriadas, actas de conciliación, o cualquier otro documento en el que, conforme al artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, conste una obligación clara, expresa y exigible.

Esto se explica por la naturaleza y objeto del trámite de la liquidación obligatoria, que no es otra cosa que una ejecución universal que comprende la totalidad de los activos y pasivos de la sociedad concursada. Es decir, constituye la liquidación tanto de las obligaciones a su cargo como a su favor.

Por otra parte cuando se trate de obligaciones diferentes a sumas de dinero, conforme al artículo 159 de la Ley 222 de 1995, deberán estimarse los valores correspondientes a los perjuicios compensatorios y a los intereses.

Ahora bien, cuando de eventuales créditos que puedan derivarse de relaciones contractuales vía responsabilidad civil, estos requieren para su reconocimiento (sea condicional o litigioso), el ejercicio de la acción ordinaria respectiva ante la autoridad competente. (Oficio 440-38144 julio 10 de 1998)

## GASTOS DE ADMINISTRACIÓN EN LA LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA

**"El concepto gastos de administración comprende créditos de diversa índole, pero en tratándose de una empresa en liquidación cuyos activos sean claramente insuficientes para cancelar las distintas acreencias deben destinarse de manera prioritaria y exclusiva a garantizar el pago de las deudas laborales y las mesadas pensionales que legalmente le corresponda sufragar, en este sentido se ha pronunciado la Honorable Corte Constitucional en su labor de guarda de la Constitución Política, garantizando los derechos de los trabajadores y pensionados. (Auto 660-171 diciembre 3 de 1998).**

**La finalidad del proceso liquidatorio es sin duda la realización de los bienes del falente para pagar a sus creedores, bajo el importante principio de la par conditio *creditorum*, mientras que el concordato tiene por finalidad la conservación de la empresa como fuente de productividad y de trabajo, la liquidación busca los medios necesarios para la realización de los bienes del**





**deudor, en el concordato son los necesarios para garantizar el funcionamiento de la empresa.**

Es así como se concluye que no son gastos de administración en el proceso liquidatorio, los salarios de trabajadores que no prestan un servicio personal tendiente a la consecución de la liquidación, y aceptar estos créditos como gastos de administración sería una errónea y perjudicial interpretación que prontamente se evidenciaría en la práctica de la liquidación.

La Honorable Corte Constitucional en su labor de guarda de la Constitución Política, garantizando los derechos de los pensionados, se pronunció dando una mayor claridad a las aseveraciones asumidas por este despacho.

Los activos de una empresa en liquidación que sean claramente insuficientes para cancelar las distintas acreencias –pre y post concordatarias-, deben destinarse, de manera prioritaria y exclusiva, a garantizar el pago de las mesadas pensionales que legalmente le corresponda sufragar, de modo que se respete el derecho al mínimo vital del grupo de pensionados que cumplan la edad legal de jubilación (Ley 110 de 1993) o que estén incapacitados para trabajar, si el monto de los activos resultare insuficiente, incluso para garantizar la efectividad del derecho al mínimo vital de los pensionados, corresponderá al Superintendente de Sociedades, promover entre estos los acuerdos necesarios a fin de que los créditos se ajusten proporcionalmente en relación con las sumas materialmente disponibles. Todo lo anterior, por supuesto, con excepción del pago de los recursos que sean estrictamente necesarios para continuar y finiquitar, prontamente, el trámite de la liquidación.

Se debe tener en cuenta entonces que el órgano fiscalizador debe continuar con sus funciones si se trata de una sociedad a la que la ley o los estatutos le obligan a tener revisor fiscal, de manera que en el caso consultado los honorarios del revisor fiscal constituyen gastos de administración, puesto que se entiende que la función de fiscalización continúa dentro del proceso concursal de liquidación obligatoria, posición ésta que manifestó este Superintendencia en la Circular Externa 11, del 22 de julio de 1997. (Oficio 42853 julio 29 de 1998).

## MEDIDAS CAUTELARES DECRETADAS Y PRACTICADAS EN PROCESOS EJECUTIVOS INCORPORADOS AL TRÁMITE LIQUIDATORIO

Preferencia y Universalidad de la Ley concursal

Por disposición del Legislador, la Ley concursal se caracteriza por los principios de preferencia y universalidad, así como también estableció su conocimiento de manera privativa a la Superintendencia de Sociedades, lo primero significa que el trámite liquidatorio de que trata la Ley 222 de 1995, presenta lo que la doctrina ha llamado el fuero de atracción, cuya consecuencia lógica e inmediata consiste en la integración en un solo proceso de todas las acciones ejecutivas ordinarias y de ejecución coactiva que se adelanten contra la sociedad convocada a liquidación obligatoria, cuando quiera que sus creedores las hayan instaurado ante cualquier juez competente para ello, de manera que toda demanda o proceso de ejecución que se adelante contra la concursada, deberá ser remitida (o) a la Superintendencia de Sociedades para su incorporación al trámite liquidatorio. Así mismo, la preferencia dice relación al hecho de que a partir de la providencia de apertura, tampoco podrá admitirse proceso de restitución del inmueble donde desarrolle sus actividades la empresa deudora.

A su vez, la universalidad consiste en la obligación para los acreedores de las sociedades concursadas a concurrir y hacerse parte en el respectivo proceso concursal.

En el caso de las ejecuciones que se adelanten en juzgados en contra de sociedades que se encuentren en trámite de liquidación obligatoria, puede suceder uno de dos casos.

a. Proceso o demanda ejecutiva adelantado únicamente contra la sociedad concursada, en este evento, el juez que viene conociendo de tal actuación deberá dar aplicación a los inciso 3 y 4 del artículo 99 de la Ley 222 de 1995, esto es, ordenar la remisión del expediente a la Superintendencia de Sociedades, dentro de los tres (3) días siguientes al recibo del oficio y una vez





ordenada efectuarla dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria del auto que la dispuso.

b. Proceso o demanda ejecutiva adelantada contra la sociedad concursada, fiadores, avalistas, aseguradores, emisores de cartas de crédito o cualquier otra persona que debe cumplir la obligación, en este caso el juez o funcionario, dentro de los tres (3) días siguientes al recibo del oficio de solicitud de envío del expediente, mediante auto lo pondrá en conocimiento del demandante, para que en el término de su ejecutoria manifieste si prescinde de cobrar su crédito a cargo de los demás demandados. En este evento se procederá a la remisión del expediente, como en el caso anterior.

Si el demandante no prescindiere de la actuación contra los otros deudores, deberá hacerse parte en el trámite liquidatorio al igual que los demás acreedores, indicando el estado actual del proceso y las circunstancias que hubiere lugar, en la forma indicada en el inciso 4 del artículo 100 de la Ley 222 de 1995. En este evento el juez que viene conociendo del proceso no podrá practicar medidas cautelares sobre bienes de la sociedad convocada a concurso liquidatorio, y las que se hubieren practicado, quedarán a órdenes de la Superintendencia de Sociedades.

**Medidas cautelares ordenadas y practicadas en demandas y procesos incorporados al trámite liquidatorio.**

Una vez remitido el expediente o la demanda respectiva, por el Juez o funcionario que venía conociendo de la misma, se procederá a su incorporación, de conformidad con lo previsto en el inciso 6 del artículo 99 de la Ley 222 de 1995, mediante auto de notifíquese. Cuando quiera que en el proceso o demanda remitida se hayan decretado y practicado medidas cautelares sobre bienes de la concursada, éstas se pondrán a disposición de la Superintendencia de Sociedades, de lo que se dejará constancia en el mismo Auto de incorporación.

Para efectos de proceder al levantamiento de las medidas cautelares, se deberá dar aplicación a lo preceptuado en el artículo 196 de la

Ley 222 de 1995, previa solicitud de la Junta Asesora o del Liquidador, la que deberá estar sustentada, motivada e indicando el destino final que se pretenda dar a los bienes cuya liberación se solicita, advirtiendo, en todo caso, la obligación para el liquidador de dar cuenta de las operaciones perfeccionadas sobre los citados bienes. (Oficio 440-40691 julio 23 de 1999)

## PAGO DE CRÉDITOS PRIVILEGIADOS ANTICIPADO A LA CALIFICACIÓN Y GRADUACIÓN, POR MEDIO DE DACIÓN EN PAGO

**Pago de créditos anticipado a la calificación y graduación.**

Establece el artículo 178 numeral 8 de la Ley 222 de 1995 que compete a la Junta Asesora de Liquidador solicitar a la Superintendencia de Sociedades autorización para efectuar pago a acreedores, antes de la providencia de calificación y graduación de créditos. Como quiera que el legislador no distingue sobre la calidad de créditos que se pretenden pagar anticipadamente, deberá entenderse que incluso los laborales se someterán a la precitada autorización, así como que el sujeto legitimado para solicitarla es la Junta Asesora, lo que no implica necesariamente que la iniciativa para ello no pueda surgir de otro cualquier sujeto interviniente en el trámite liquidatorio.

**Las daciones en pago.**

Prevé la Ley 222 de 1995 en el artículo 198 la posibilidad de cancelar obligaciones a acreedores de la sociedad concursada por medio de daciones en pago, previo el agotamiento de los requisitos que para ello establece, como son la autorización de la Junta Asesora y el respeto a la prelación y privilegios de ley. De la interpretación sistemática de la norma en mención se infiere que los bienes objeto de la dación deberán estar previamente inventariados y avaluados, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 195 ibídem.





Por otra parte, resulta jurídicamente viable y lógico que una dación en pago puede efectuarse con anterioridad a la providencia de calificación y graduación de créditos, en donde estaríamos en presencia de un pago anticipado, para lo cual deberá estarse a lo dispuesto en el artículo 178 numeral 8 de la misma Ley.

**Pago preferencial (prelación y privilegios).**

Si el pago se va a efectuar por medio de la dación en pago, en todo caso deberá procederse respetando el orden de los privilegios y preferencias que establece la ley, los que hacen relación al tipo de crédito que se tenga, a saber:

- Créditos laborales;
- Créditos fiscales;
- Créditos parafiscales;
- Crédito garantizados con prenda;
- Créditos garantizados con hipoteca;
- Crédito quirografarios.

Lo anterior quiere decir que los primeros créditos que están llamados a ser satisfechos son los laborales conforme la prelación legal de que trata el artículo 2495 y SS. del Código Civil.

En tratándose de créditos derivados de relaciones laborales, es importante destacar el hecho de la irrenunciabilidad de los derechos y prerrogativas que concede la ley laboral al trabajo humano, por cuanto toda transacción que implique "pago" de aquéllos, en concepto de este Despacho, deberá tener el poder liberatorio de todas las obligaciones a cargo del empleador, incluso, sobre todo, las que constituyen derecho inrrenunciable, con el fin de prevenir posibles reclamaciones futuras por parte de trabajadores a su respectivo empleador, en cuyo caso las pretensiones están llamadas a prosperar, entre otras cosas, siempre que la persona jurídica (la sociedad concursada) no se halle disuelta. Esto se pone de presente toda vez que la vocación final del trámite liquidatorio conlleva la extinción de la sociedad.

La pretendida transacción de cancelar las obligaciones laborales por medio de una cesión de acciones sociales (dación en pago), para que los trabajadores capitalicen su acreencia en la composición accionaria de la sociedad deudora, deberá, en concepto de este Despacho, comprender a la totalidad de los acreedores laborales, pues si ello no fuere así, se estaría irrespetando el privilegio (prelación) de los que no concurran a la cesión; luego deberá garantizarse, por un lado, la cancelación total y definitiva de todos los derechos y prerrogativas de los trabajadores y, por otro, que la transacción comprometa a todos los trabajadores. De esta manera no se alteraría la prelación o privilegio, ni el cuamtum del crédito.

**Acuerdos concordatarios en el trámite liquidatorio.**

El legislador previó la posibilidad de que en el trámite del concurso liquidatorio se logre, en su debida oportunidad procesal y con el consentimiento expreso de las mayorías requeridas para cada caso particular, uno de los dos acuerdos concordatarios de que tratan los artículos 200 y 205 de la Ley 222 de 1995. Si bien uno de los mayores problemas para conseguir el citado acuerdo lo constituye la situación laboral y la consecuente dificultad para comprometer en el mismo a los acreedores laborales, adviértase, en todo caso, la necesidad de lograr las mayorías requeridas para conseguir su aprobación por parte de esta Superintendencia, pues, no sólo al trámite liquidatorio concurren acreedores laborales, sino también quirografarios, entidades públicas, etc.

En este orden de ideas, la satisfacción de los créditos laborales, sea por la vía de la dación en pago de acciones sociales, o por cualquier otra, no implica por ello mismo la celebración de un acuerdo concordatario, sino un avance en su logro, si en ello están inequívocamente interesados los demás acreedores y la sociedad deudora.

- Todo pago anticipado a la providencia de calificación y graduación de créditos (llámese dación en pago a acreedores privilegiados), REQUIERE AUTORIZACIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, cuando quiera que





lo solicite la Junta Asesora del liquidador quien es el ente legitimado para hacerlo.

- Todo acuerdo concordatario dentro del trámite liquidatorio REQUIERE APROBACIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, cuando quiera que reúna los requisitos de las mayorías y de fondo exigidos en la Ley. (Oficio 440-42979 agosto 8 1997).

## SUPLENTES PERSONALES DE MIEMBROS DE LA JUNTA ASESORA DEL LIQUIDADOR

La Junta Asesora del Liquidador, es un organismo colegiado, nombrado por el Superintendente de Sociedades, utilizando como sistema de elección el contemplado en el artículo 173 de la Ley 222 de 1995, disposición que permite que los miembros que conforman la junta, sean representantes de las distintas clases de créditos, garantizando así, que queden cobijadas todas las categorías de acreedores. Tanto lo concerniente con sus funciones, convocatoria, quórum, actas, facultades, remoción de sus miembros, etc., están regulados a cabalidad en los artículos 174 a 176 ibídem.

Ahora bien, corresponde a esta entidad, designar la Junta Asesora del Liquidador, con sus correspondientes suplentes personales, los cuales tienen simples expectativas de tener voto dentro de dicho cuerpo colegiado, en los casos de ausencia temporal o definitiva de los miembros principales. La convocatoria se cumple debidamente con la citación a los miembros principales; en tal sentido, tendrían derecho los suplentes a ser convocados a las reuniones de la Junta Asesora, al momento en que surge la condición de ausencia de su correspondiente principal; caso en el cual, tiene el derecho y la obligación de asistir, a efecto de integrar el quórum necesario para tomar las decisiones a que haya lugar.

De lo ya plasmado se desprende, que no es obligación del liquidador, convocar el total de los miembros de junta (principales y suplentes), pues la vocación del suplente es la de asistir cuando el principal falte; principal y suplente pertenecen a un mismo renglón y están representado a igual categoría de créditos.

Lo anterior no se aplica cuando la intervención del suplente se cumple en ejercicio de su vocación a reemplazar al principal esto es por un lapso determinado, el cual, bien sea definitivo o temporal, debe estar plenamente acreditado, precisando el tiempo, días o meses, en que estará ausente el principal, obligándose a dejar en claro cuando inicia y cuando termina dicho período ausencia y por tanto de suplencia, así las cosas, cuando quiera que esté plenamente establecido la ausencia del principal, en este evento el suplente adquiere el derecho y la obligación de asistir a las reuniones con las mismas calidades, derechos y funciones que correspondan al principal, evento en el cual su convocatoria se hace obligatoria. (Oficio 440-33837 junio 17 1998).

## ALCANCE DEL ARTÍCULO 174 DE LA LEY 222 DE 1995

Respecto al efecto jurídico proveniente de la omisión y/o abstención por parte del liquidador de convocar por escrito y en la oportunidad legal indicada, a uno o varios miembros de la Junta, es pertinente señalar que si bien la ley comercial regula y sanciona una hipótesis similar, referida al máximo órgano social de una compañía, no sucede lo mismo con el caso de la junta asesora del liquidador.
**En efecto, conforme con lo previsto en la parte inicial del artículo 186 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 190 ibídem, las decisiones adoptadas por la asamblea general de accionistas o por la junta de socios, -según sea el tipo societario de que se trate- en reuniones respecto de las cuales se haya inobservado lo prescrito en la ley o en los estatutos en cuanto a convocación y quórum, están afectadas de ineficacia.**

Revisada la Ley 222 de 1.995, a la cual pertenece el artículo 174 citado no se encuentra sanción explícita para el caso planteado.

Así las cosas y dado que según los principios que gobiernan nuestro derecho interno, las normas de carácter prohibitivo o restrictivo, así como las punitivas, no pueden extenderse en su aplicación por vía de analogía a casos semejantes, mal podría decirse que se





configura la ineficacia de las decisiones adoptadas en las circunstancias a que alude la hipótesis planteada, máxime que es esa una sanción cuya ocurrencia está reservada a los casos expresamente señalados por el legislador.

Ante tal circunstancia habría que analizar frente a cada situación concreta la procedencia de otras sanciones legales eventualmente aplicables al caso, aún cuando a juicio de esta Entidad en la práctica no habría lugar a la ocurrencia de hechos relacionados con la convocatoria de la junta asesora de los que puedan derivarse sanciones legales predicables de las decisiones emanadas de los órganos sociales convencionales de una sociedad, en consideración a la naturaleza misma de ese órgano, a las reglas que rigen su funcionamiento, así como a la forma de su integración, teniendo en cuenta que su designación al igual que la del liquidador, le corresponde exclusivamente a la Superintendencia de Sociedades, quien por demás hace un seguimiento permanente del desarrollo de las reuniones que ese órgano realiza.

En lo que se refiere a los efectos jurídicos de las "decisiones que afectan directamente a quienes siendo miembros activos y reconocidos de la Junta Asesora, no fueron convocados por escrito y con la antelación señalada por la norma antes transcrita", es pertinente advertir previamente que la labor de la mencionada junta, como su nombre lo indica, debe estar enderezada a asesorar al liquidador en la gestión que le encomienda la Ley 222 de 1.995, artículo 166, y adicionalmente a fiscalizar su actuación. Así mismo, que los miembros de dicha junta actúan en representación de determinado grupo de acreedores o de los socios, según se prevé en la norma legal atinente a su integración (Ley 222 en cita, articulo 173).

De acuerdo con lo anterior, en principio no deberían presentarse decisiones de la junta que afectaran a sus miembros individual y personalmente considerados.

Sin embargo y ante la posibilidad real de que ello ocurra, en opinión de este Despacho, el miembro que se considere afectado podría oponerse a la decisión cuando exista fundamento cierto del perjuicio

y siempre que no hubiese asistido a la respectiva sesión o, habiendo asistido, fuese disidente y su disidencia tuviese relación con la decisión correspondiente. Para efectos probatorios ello supone que se haya dejado constancia de tal actitud en el acta de la reunión, a lo que cabría reiterar de nuevo que cualquier irregularidad relacionada con el funcionamiento de la junta debe ser denunciada ante esta entidad. (Oficio 220-44486 mayo 13 de 1999).

## PLAN DE PAGOS EN LA LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA

**1- Elaboración del plan de pagos.**

Dispone el numeral 16 del artículo 166 de la Ley 222 de 1995 que es función del liquidador presentar a consideración de la junta asesora un plan de pago de las obligaciones a cargo de la concursada, el cual deberá elaborarse teniendo en cuenta el inventario y la providencia de calificación y graduación de créditos.

Un plan de pagos legalmente elaborado corresponde a la etapa procesal previa a la culminación del trámite y supone un ejercicio de contraposición entre el total de lo efectivamente inventariado y avaluado como activo del deudor y el total de las obligaciones a su cargo, el cual constituye presupuesto de procedibilidad al pago. Es el derrotero concertado de ejecución práctica que impone la forma de cancelar las obligaciones del deudor.

Dicha concertación entre el liquidador como representante del deudor y la junta asesora, cuya composición garantiza la representación de los intereses heterogéneos que allí se develan, debe ser el resultado de la legitimación que asiste tanto al deudor insolvente como a sus acreedores para discernir con inteligente juicio y dentro de un escenario universal y colectivo, ya no la forma de disposición de los bienes de aquél sino el procedimiento para extinguir sus obligaciones con éstos, sea con el producto de la venta de los bienes o por medio de la dación en pago.





Si bien es cierto es el juez del concurso quien dispone, a través de la expedición de la providencia de calificación y graduación de créditos, quienes son los acreedores del deudor concursado, en qué cuantía y su prelación al pago, así como la aprobación de los inventarios y avalúos de los bienes con que cuenta el deudor falente para responder por sus obligaciones, también lo es que corresponde a aquellos (al deudor y los representantes de sus acreedores en la junta asesora) planificar la forma en que ha de llevarse a cabo el pago respectivo, sin perjuicio, claro está, de que cuando ésta no se enmarque dentro de los límites que fija la legislación, pueda el juez como director del proceso pronunciarse sobre ello, ordenando los correctivos para ajustarlo a derecho.

Por otra parte, resulta deseable y es el querer del legislador que así sea, que a quienes se les confirió la función de diseñar y concertar el plan de pagos, así lo hagan; pero bien puede suceder que por cualquier circunstancia la junta asesora del liquidador no esté integrada o no esté funcionando normal y regularmente, en cuyo caso las funciones que a ella le competen, entre ellas la discusión y aprobación del plan de pagos, las asumirá temporalmente la Superintendencia de Sociedades. En consecuencia, en el citado evento será el juez del concurso quien imparta la correspondiente aprobación por los medios procesales idóneos.

**2- Ejecución del plan de pagos.**

Establece el artículo 198 de la Ley 222 de 1995:

"ARTÍCULO 198. SOLUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES.

"Ejecutoriada la providencia de calificación y graduación de créditos y en firme los avalúos practicados, el liquidador procederá a pagar, con el dinero disponible, atendiendo lo dispuesto en la graduación.

"No obstante, previa autorización de la junta asesora y respetando la prelación y los privilegios de ley, podrá cancelar obligaciones mediante daciones en pago."

Sin que se justifique un ejercicio interpretativo de calado superior, baste tan solo detenerse en el tenor literal de la norma transcrita y concordarla con lo establecido en el numeral 16 del artículo 166 ídem, y concluir que el cumplimiento del mandato allí establecido,

esto es, proceder al pago, no tiene más requisitos de procedibilidad que la ejecutoria de las providencias de calificación y graduación de créditos y la que dispone la aprobación de los avalúos, así como haberse aprobado por la junta asesora del liquidador o la Superintendencia de Sociedades cuando haga sus veces, el respectivo plan de pagos.

No obstante lo anterior y como quiera que en la parte resolutiva del auto de calificación y graduación de créditos se ordena al liquidador, entre otras medidas, allegar al despacho del Grupo de Liquidación Obligatoria dentro del término que allí se fija copia del respectivo plan de pagos con el objeto de que éste sea arrimado al proceso, esto supone que el juez del concurso pueda eventualmente emitir un pronunciamiento sobre aquel, en todo caso concomitante a su recibo, cuando advierta que ello sea pertinente y necesario, sin perjuicio de que el liquidador proceda a pagar en el orden establecido en el plan de pagos, sin más espera y requisitos que los arriba expuestos, pues, de suyo, el posible pronunciamiento sobre la legalidad del referido plan no implica aprobación previa para su ejecución.(Oficio 220-87594 septiembre 22 de 1999).

## GENERALIDADES DEL TRÁMITE LIQUIDATORIO - PROCEDENCIA DE LA DACIÓN EN PAGO - IMPROCEDENCIA DE ALTERACIÓN DE LA PRELACIÓN AL PAGO

**"1.- En el evento en que dada la escasez de liquidez y en aras de hacer una liquidación rápida y eficiente, para con ello dar aplicación a lo ordenado en el numeral 1º. del artículo 166 ibídem (sic), el liquidador puede cancelar las acreencias mediante la dación en pago, y con ello liberarse de la obligación, así el acreedor no esté de acuerdo ni con el activo propuesto ni con el medio de pago? Está obligado el acreedor a aceptar ese activo?"**

No obstante que la dación en pago no tiene un desarrollo amplio y completo en nuestra legislación, si tiene sus propios caracteres





que la diferencia de otras figuras, y a su vez, la hace propia y particular al momento de pretender acogerse a sus características.

La dación en pago la podemos definir como aquel acuerdo a que llegan deudor y acreedor, en virtud del cual el primero pretende solucionar la obligación con una prestación distinta a la debida (aliud pro alio).

La primera gran característica de la anterior definición es la certeza que tiene la doctrina en exigir que el consentimiento del acreedor es fundamental en esta modalidad de pago, pues conforme al inciso segundo del artículo 1627 del Código Civil *"El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida"*

Esta postura, ha sido reiterada por los diversos tratadistas del tema, al decir que es una modalidad del pago, en la que el deudor, o un tercero, con el consentimiento del acreedor, se da solución a una deuda cubriéndola con una prestación distinta a la inicialmente pactada.

A contrario sensu, también se es claro, que la dación en pago puede ser pactada libremente por los contratantes, argumentando que si ellos han convenido inicialmente una forma determinada para el cumplimiento del pago, también son libres para cambiar dicha forma y optar por cualquiera de las modalidades de pago, entre ellas, la dación en pago.

Los requisitos, reconocidos por los doctrinantes para la dación en pago son:

a) La ejecución de una prestación con ánimo de pagar
b) Una diferencia existente entre la prestación debida y la pagada.
c) El consentimiento de las partes.
d) La capacidad de las partes, y
e) La observancia de las solemnidades legales.

La característica que nos interesa para nuestro caso de estudio, es el consentimiento de las partes, y sobre ella diremos, que

*"La dación en pago propiamente dicha solo se da cuando el acreedor y el deudor (o quien paga por éste) conviene, aquel en recibir lo que no está obligado a recibir, y este en cumplir una prestación que no debe, o sea, cuando ellos unánimemente convienen en derogar el principio legal de que "el pago se hará bajo todos respectos, en conformidad al tenor de la obligación" (art. 1627)"*

Con los anteriores parámetros es fácil concluir que a un acreedor no se le puede obligar a recibir en dación en pago una prestación distinta a la pactada inicialmente en el contrato principal.

*"2) Puede el liquidador cancelarle a un grupo de acreedores de grado posterior, en el evento en que los acreedores de categoría anterior no acepten el activo disponible para cancelar sus acreencias y ante esta negativa, los grados siguientes pueden verse afectados con esta renuncia?"*

El artículo 161 de la Ley 222 de 1.995, es claro al disponer que el liquidador procederá a pagar las acreencias atendiendo el orden y la prelación definidos en la providencia de graduación y calificación.

Cuando existe prelaciones de alguno o algunos de los créditos concurrentes dentro de la masa que conforma los bienes del deudor, nos debemos atener o lo preceptuado en el artículo 2492 del Código Civil que textualmente dice: *"Los acreedores, con las excepciones indicadas en el artículo1677, podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos, incluso los intereses y los costos de la cobranza, para que con el producto se les satisfaga íntegramente, si fueren suficientes los bienes, y en caso de no serlo, a prorrata, cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos, según la clasificación que sigue"*. A renglón seguido, se encuentran los diferentes artículos que contemplan las modalidades que existe con respecto a la prelación.

Con la lectura detenida de los artículos antes citados, se llega a la conclusión que la ley estableció una prelación de créditos para que ellos, en un momento determinado, se pagan en cierto orden, ya que debido al privilegio unos acreedores se encuentran en situación





más benéfica que otros, por cuanto en una relación de pagos puede llegarse al evento que alguno o algunos de ellos sean totalmente satisfechos y que otros queden insolutos total o parcialmente. En otras palabras, el querer del legislador no es otro que en el cubrimiento de las acreencias se paguen en un orden estricto. (Oficio 220-30780 junio 2 de 1998).

## INHABILIDAD PARA EJERCER EL CARGO DE LIQUIDADOR EN UNA LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA

### EL LIQUIDADOR

Conforme a los mandatos del estatuto mercantil, el artículo 22 de la Ley 222 de 1995 califica entre otros, como administrador, al liquidador, lo cual impone observar las mismas reglas establecidas para actuar como representante legal.

Igualmente, el artículo 23 de la Ley 222 establece como parámetros de la actuación de los administradores, la buena fe, la lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios, en donde para el caso materia de consulta, la persona puede quedar imbuida en un conflicto de intereses, legal y ético, del deber de conducta, fidelidad y lealtad.

En el hipotético caso de que nos referimos a una liquidación obligatoria, se hace más evidente la inhabilidad, que recae sobre un funcionario público para actuar como liquidador pues ello supondría servir a dos intereses contrapuestos en forma simultánea, lo que conduciría a tomar partido a favor de uno de los dos bandos, en claro desmedro de los intereses del otro.

De otra parte no puede pensarse que la anterior afirmación viola el derecho al trabajo, pues lo que se ha buscado legalmente, con respaldo pleno por vía doctrinal y jurisprudencial, es que no se puede ejercer, ni ser apoderado o gestor ante entidades públicas o autoridades administrativas o jurisdiccionales, con el único fin de evitar un conflicto de intereses, dicho en otras palabras que el interés general prime sobre el particular.

Jurisprudencialmente hablando, debe decirse que ni el derecho al trabajo ni ningún derecho de estirpe constitucional tiene el carácter de absoluto, pues siempre estarán limitados y subordinados a la prevalencia del interés general. (Corte Constitucional, sentencia C 426 de 1.996 M.P: Hernando Herrera Vergara).

## INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

El Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Edición, Tomo II, 1984, Madrid, define la **Incompatibilidad** como el impedimento o tacha legal para ejercer una función determinada, o para ejercer dos o más cargos a la vez; y a la **Inhabilidad,** como el defecto o impedimento para ejercer u obtener un empleo u oficio.

Por vía doctrinaria, Iván Velásquez Gómez, en su libro Manual de Derecho Disciplinario citando a Díez, Bielsa y Sayagués Laso, manifiesta:
"Para **Diez** la incompatibilidad se refiere a la acumulación de distintos cargos, sean éstos todos de naturaleza pública y otros de naturaleza privada. En cuanto a la inhabilitación, comporta la prohibición que sufre todo funcionario de tener en el ejercicio de su cargo y en relación con su servicio intereses que comprometen su independencia. Evidentemente entonces, la inhabilitación se distingue fundamentalmente de la incompatibilidad, ya que no se trata de la prohibición de acumular cargos públicos con otros de la misma naturaleza o privados, sino simplemente de no tener interés personal en la decisión de asuntos que le estén encomendados.

Para **Bielsa**, la incompatibilidad puede resultar también de la incoherencia de diversos cargos, de la prohibición de la acumulación de ellos, y de la posible pero inadmisible subordinación del interés público al del funcionario, cuando esos intereses no son, por regla general, paralelos o coincidentes.

**Sayagués Laso**, por su parte, dice que la inhabilidad o inhabilitación constituye un obstáculo para ingresar a un cargo público y la incompatibilidad impide el ejercicio simultáneo de un cargo público con otro cargo público o determinada actividad privada".





Se comprende entonces con facilidad que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades tiene como función primordial preservar la probidad de la persona que oficia o lo hizo como servidor público, (dentro del lapso otorgado por el legislador para el efecto), al impedirle ejercer actuación alguna en el ente al cual prestó sus servicios, todo tendiente a no ver entorpecido el desarrollo y la buena marcha de la gestión pública, pues en caso contrario bien podrían verse favorecidos los intereses de terceros o el propio en desmedro del interés general y de los principios que rigen la función pública.

Todo régimen de inhabilidades e incompatibilidades excluye a ciertas categorías de personas, generando incapacidades especiales, impedimentos y prohibiciones de variada naturaleza, que en cierta medida afectan el derecho a la personalidad jurídica traducido, a su turno, en el principio general de capacidad legal, pues un régimen de tal magnitud se encuentra dispuesto para inspirar los principios en que se basa la función administrativa, no solo como requisito *ex ante*, sino también *ex post.*

## EN TRATÁNDOSE DE UNA LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA, SUS LIQUIDADORES SON AUXILIARES DE JUSTICIA

Como se deduce del título, los cargos que ejercen estas personas son oficios públicos, desempeñados por personas idóneas, de conducta intachable, excelente reputación **e incuestionable imparcialidad**, de donde además se les exige no sólo ser versado en la materia que se les requiere, sino igualmente, y cuando fuere el caso, título universitario.

Y es que como quiera que son oficios públicos, suponen igualmente la premisa según la cual son particulares que ejercen funciones públicas, de donde se tiene que esas funciones sociales que deben cumplir han de lograr las finalidades esenciales del Estado, artículo 2º. C.N., e igualmente lo referente a la sociedad – Estado, ya que el artículo 95 (7) Superior señala como deberes de la persona y del ciudadano el de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia.

Si ello es así, tenemos por tanto que la actividad desplegada por los auxiliares de justicia no solo a ellos compromete por su acción u omisión, sino igualmente se encuentra la responsabilidad administrativa del Estado, en virtud de los daños antijurídicos que le sean imputables.

No puede olvidarse que esta Entidad frente a determinados presupuestos procede a nombrar un liquidador, ya que dicho nombramiento es función privativa de ella (artículo 162 de la Ley 222 de 1.995), de una lista que al respecto haya elaborado la Superintendencia. El procedimiento para los nombramientos los trazó la Entidad en la Resolución número 100-255 del 12 de febrero de 1.999, la cual estipula en el artículo segundo que *"Pueden aspirar a ser inscritas en la lista de liquidadores personas naturales, sociedades fiduciarias y personas jurídicas debidamente constituidas cuyo objeto sea asesoría en la recuperación y liquidación de empresas,* ***que no se encuentren inhabilitadas*** *y cumplan con los requisitos establecidos en la Ley 222 de 1.995 y en la presente resolución".* (La negrilla no es del texto).

Como se aprecia, y en ejercicio de la potestad reglada, hay una mera aplicación obligada de la norma en la que la relativa discrecionalidad de la decisión se encuentra supeditada por el postulado del buen servicio a la colectividad por parte del órgano competente, léase Superintendencia de Sociedades.

Con base en lo expresado, puede agregarse que dentro del campo de la función pública debe actuar el funcionario público o quien detente dicha función con la más absoluta independencia en la prestación de los servicios, todo con un claro criterio de sana moralidad administrativa al impedir el ejercicio de influencias a través del uso o provecho de las prerrogativas y facilidades que en fin de cuentas se obtienen por estar o haber pertenecido a la administración en cualquiera de sus sectores.

No de otra forma pueden interpretarse normas que propenden por una moralización de la administración pública y una diafanidad en sus actuaciones. Como si esto no bastara, el legislador no ha distinguido si la intervención debe ser o no definitiva a efecto de





quedar incurso en las incompatibilidades señaladas, razón de más que impide al intérprete hacerlo, como lo establecen claras disposiciones legales que regulan el ámbito de actuación del funcionario público o del particular con dichas prerrogativas.

**CONCLUSIÓN**

a) Si se trata de una liquidación obligatoria, con base en lo expresado se deduce que no puede el funcionario público actuar como liquidador, independientemente de la Entidad a la cual presta sus servicios.

b) En el evento de una liquidación voluntaria, si bien se hace difícil la constancia de llegar a saber si el liquidador (administrador), es funcionario público o no, la inhabilidad o incompatibilidad es más ética que legal. (Oficio 220-53700 junio 2 de 1999).

## OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES DE LOS ADMINISTRADORES, LIQUIDADORES, REVISORES FISCALES Y CONTADORES EN UNA SOCIEDAD QUE TRAMITA PROCESO DE LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA.

Estima el despacho procedente hacer referencia a dos temas fundamentales, cuales son, las funciones y responsabilidades de los administradores y del revisor fiscal, antes de iniciarse el proceso liquidatorio, así como de los liquidadores y revisor fiscal de la sociedad, una vez convocada o admitida la sociedad deudora al trámite del proceso concursal de liquidación obligatoria.

Como presupuestos de carácter general, es pertinente tener en cuenta que la Ley 222 de 1995, señala que son **administradores** de un ente social, entre otros, el representante legal y el liquidador de la sociedad -art. 22-, a quienes se les ha asignado funciones,

prohibiciones y responsabilidades diferentes en razón a que el estado en que se encuentra la misma conlleva objetivos también diferentes, pues mientras la sociedad está en marcha, es decir, desarrollando la actividad social para la cual fue constituida, quien la representa legalmente debe velar por el adecuado desempeño de la empresa social, en estricto cumplimiento a las disposiciones legales y estatutarias; en general, sus actuaciones deben girar en torno a los principios de buena fe y lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios –art. 23-; al paso que al liquidador le corresponde concluir las operaciones pendientes al momento de la apertura del proceso, realizar los bienes del deudor para posteriormente atender en forma ordenada el pago de las obligaciones a cargo de la deudora –artículo 166-.

La mencionada normatividad, consagra además que la responsabilidad de los administradores es solidaria e ilimitada por los perjuicios que por dolo o culpa causen a la sociedad, a los asociados o a terceros, y expresamente señala que "En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador..." (art. 24, subrayado fuera de texto).

Es así como el legislador, no solo dotó a la asamblea general de accionistas o junta de socios para iniciar la Acción Social de Responsabilidad, sino que facultó a los acreedores de la sociedad deudora, entre otros, para que, en la forma y términos consagrados en el artículo 25 adelantan la mencionada acción.

Otro tema que es preciso mencionar es el del revisor fiscal, cuyas funciones están demarcadas básicamente en ley –artículo 207 del Código de Comercio y Ley 222 de 1995- o en los estatutos sociales, cuyos informes deben ser presentados en la forma y términos contemplados en los artículos 208 y 209 del Código Mercantil. Igualmente se hace importante resaltar que quien ejerce el cargo debe velar porque los actos y actuaciones de la administración se ajusten a las disposiciones legales y estatutarias, por cuanto de ello depende la seguridad para los asociados y terceros en general sobre el buen manejo de la compañía y la debida protección de los activos, prenda general de los acreedores.





Ahora bien, dada la importancia del cargo que desempeña el revisor fiscal, frente a la sociedad, asociados, terceros y entidades del estado, se encuentra sujeto a las siguientes **responsabilidades: civiles**, por negligencia o dolo en el ejercicio de su cargo –art. 211 del Código de Comercio-; **penales**, cuando sin justa causa se abstenga de preparar o difundir los estados financieros o suministre información contraria a la realidad, u ordene, permita o encubra falsedades en los mismos o en sus notas –arts. 42, 43 y 45 de la Ley 222/95 y estatuto anticorrupción; **administrativas,** por incumplimiento en las funciones, de acuerdo con el art. 216 Código Mercantil y **disciplinarias,** por violación al Código de Ética contenido en la Ley 43 de 1990, por cuanto del contador público se espera rectitud y honestidad en el ejercicio de la profesión, además de una alta conciencia moral, aptitud profesional e independencia mental (Superintendencia de Sociedades, Circulares Externas 14 y 24 de 1997).

Vale la pena resaltar que aunque la sociedad se encuentre en etapa de liquidación obligatoria, el revisor fiscal continúa en ejercicio de las funciones asignadas en la ley y/o en los estatutos sociales, hasta tanto no se extinga el ente societario; por tanto debe velar porque se lleve regularmente la contabilidad, actas, correspondencia y comprobantes de la sociedad; informar sobre las irregularidades que advierta en el funcionamiento de la compañía; autorizar con su firma cualquier balance que se elabore, acompañado con su dictamen o informe correspondiente, siempre y cuando sea contador público.

Sobre el particular, la Superintendencia en el numeral 6 de la Circular Externa No. 11 de julio 22/97, ha manifestado que "...En las sociedades que adelanten procesos liquidatorios y que de acuerdo con la ley o los estatutos estén obligados a tener revisor fiscal, éste continuará con las funciones inherentes a su cargo..."; además reglamenta que en caso de renuncia y previamente a su aceptación "... deberá rendir un informe y dictamen....relacionado con la labor realizada sobre los estados financieros, cortados a un mes de anterioridad respecto de la fecha de la presentación de su renuncia...".

Respecto de la labor que desempeña el profesional de la contaduría pública o de éste en ejercicio de las funciones de revisor fiscal, es oportuno citar algunos preceptos del Decreto 2649 de 1.993, mediante el cual se expidieron las normas y/o principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, que servirán para aclararle las dudas respecto de las responsabilidades de quienes han ejercido dicho cargo.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la normatividad contable es de carácter obligatorio para todas las personas que por ley deban llevar contabilidad (artículo 2), preparada de tal manera que permita a los usuarios conocer los recursos del ente económico y sus cambios, así como las obligaciones y el resultado obtenido en el período (artículo 3), en forma comprensible, es decir, clara y fácil de entender, pertinente y confiable, que no es otra cosa que represente fielmente los hechos económicos (artículo 4).

Dentro de las normas técnicas que regulan el ciclo o período contable, el mencionado decreto regula en artículo 52 lo relativo a las Provisiones y Contingencias, definida ésta última como "... una condición, situación o conjunto de circunstancias existentes, que implican duda respecto a una posible ganancia o pérdida por parte de un ente económico...", casos en los cuales "Se deben contabilizar provisiones para cubrir pasivos estimados, contingencias de pérdidas probables, así como para disminuir el valor... de los activos, cuando sea necesario de acuerdo con las normas técnicas...". Sin embargo, la legislación también prevé que cuando se detecten errores contables de ejercicios anteriores, éstos deben ser reconocidos e incluidos en los resultados del período en que se advirtieron. –artículo 106.

De las normas antes mencionadas tenemos como una de las obligaciones propias del contador o revisor fiscal la preparación y presentación de los estados financieros, sean certificados o dictaminados, implica para el representante legal, el contador público y el revisor fiscal, que la información en él contenida es fielmente tomada de los libros, que ha sido verificada previamente o que la auditoria practicada da fe de la información contenida en los estados financieros, lo que se constituye para el usuario en un





medio eficaz, porque permite conocer la verdadera situación del ente económico.

En cuanto al tema de la responsabilidad de los administradores y del revisor fiscal, conviene señalar que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 18 de diciembre de 1991, con base en lo dispuesto en el artículo 164 del Código de Comercio, según el cual, quienes figuren como administradores o revisores fiscales en el registro mercantil conservarán tal carácter, para todos los efectos legales, mientras no se cancele dicha inscripción, sostiene que la persona que ha dejado de ejercer el cargo por renuncia del mismo, se exonera de toda responsabilidad a partir de la fecha de la desvinculación, aunque su nombramiento se encuentre inscrito en la Cámara de Comercio, en razón a que solo a partir de esa fecha la persona pierde la posibilidad de ejercer las funciones propias del cargo, criterio que comparte esta Superintendencia y que ha sido expresado mediante el oficio 241-02456 de 1992 y reiterado en varias oportunidades, entre ellos, los oficios 220-54441 de 1996 y 220-5040 de febrero de 1998.

Es así como el citado fallo en uno de sus apartes expresa que "... si laboralmente una persona ha 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 ese caso no tiene 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 la posibilidad de ejercer las funciones que le correspondían..."

Respecto de las obligaciones asignadas al **liquidador** dentro del proceso concursal correspondiente, el artículo 166 de la Ley 222 de 1995, las establece de manera enunciativas, pero también el legislador ha señalado que el liquidador responderá por el patrimonio que recibe para liquidar, al deudor, a los acreedores, asociados y terceros, siendo el valor de los bienes inventariados y el avalúo lo que determina los limites de esa responsabilidad.

De la misma manera responderá por los perjuicios que por violación o negligencia en el cumplimiento de sus deberes cause a las mencionadas personas (artículo 167 de la obra que se cita).

Otra atribución con la que cuenta tanto el liquidador como cualquier acreedor reconocido dentro del proceso de liquidación, es que si la sociedad deudora no cuenta con bienes suficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos dentro del proceso, puede adelantar las acciones de que tratan los artículos 183 y 184 de la mencionada ley, dentro del año siguiente a la ejecutoria de la providencia de graduación y calificación de créditos respectiva.

Se puede concluir entonces que las personas que se hayan desempeñado como representante legal, liquidador y revisor fiscal de una compañía, deben responder por las irregularidades jurídicas, contables, económicas o administrativas presentadas en la sociedad durante el período en el cual ejercieron sus cargos, sea en etapa de productividad o durante el proceso de realización de los activos para el pago del pasivo a cargo de la misma."

Como se infiere de las normas, es obligación de quienes se desempeñen como liquidador y revisor fiscal, depurar la información contable y presentar los informes correspondientes, ordenar las provisiones necesarias si existen dudas respecto de la misma y presentar las salvedades a que haya lugar; no obstante adelantar las acciones a que hubiere lugar.

Debe tenerse en cuenta que la aprobación que imparta la asamblea general de accionistas o junta de socios a los estados financieros y a los informes de gestión, no exonera de responsabilidad a los administradores, contadores públicos, revisores fiscales, asesores o empleados de la sociedad (artículo 45 Ley 222 ibídem).

Entonces, es claro que cada persona responde por su período; sin embargo el no presentar las salvedades correspondientes al ejercicio contable anterior, podría generar alguna responsabilidad al revisor fiscal por cuanto su obligación es mencionar todas las anomalías, irregularidades e inconsistencias encontradas, sin que pueda predicarse la denominada "responsabilidad solidaria",





puesto que ello implicaría perseguir o impetrar acciones contra cualquiera persona indistintamente sin individualizar sus actos o actuaciones, siendo contrario a derecho.

En el evento de que existan partidas sin soportes contables, es del caso mencionar que deben ser castigadas en razón a su irrecuperabilidad, para lo cual, en el caso de las sociedades sujetas al tramite de un proceso de liquidación obligatoria, contar con la autorización de la junta asesora. (Oficio 220-58553 junio 16 de 1999).

## LA REMOCIÓN DEL LIQUIDADOR POR LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES ES UN ACTO JURISDICCIONAL

Analizada la posición planteada por el liquidador de la sociedad en liquidación, según la cual, al trámite de remoción de liquidador de la sociedad le son aplicables las normas del Código Contencioso Administrativo, este Despacho considera prudente recordar que el legislador previó en desarrollo de las funciones jurisdiccionales de que está investido el juez del proceso concursal, un procedimiento expedido, por demás de ser especial, cuya celeridad está acorde con los principios de eficacia y economía propios del trámite liquidatorio. Trámite por medio del cual permite sin preámbulo alguno o remisión a procedimiento diferente, dar aplicación a estas drásticas medidas. Es así como el artículo 171 de la Ley 222 de 1995, es claro al determinar que la remoción implica un trámite en el que se le da traslado al liquidador por cinco (5) días, término dentro del cual tiene la posibilidad de presentar descargos y ejercitar su derecho de defensa con todas aquellas prerrogativas que el ejercicio del mismo implica (entre otros aspectos solicitar y aportar las pruebas que pretenda hacer valer), término que una vez vencido, permite al Superintendente de Sociedades decidir de fondo sobre la remoción, caso en el cual de llegar a prosperar, debe designar a quien deba reemplazarlo.

No cabe duda entonces que estamos frente a un trámite cuyas actuaciones son desarrolladas en pro de las funciones jurisdiccionales, implicando ello, sólo la aplicación del trámite establecido en la norma antes mencionada; aclarando que respecto de aquellos casos en los cuales exista vació, simplemente resta remitirse a los preceptos del Código de Procedimiento Civil que regulen el tema. (Auto 440-6940 junio 9 de 1999).

## TERMINACIÓN DE LA LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA POR FUERZA MAYOR

La ley describe a la liquidación obligatoria como el procedimiento en virtud del cual se realizan los bienes del deudor para atender en forma ordenada las obligaciones a su cargo (artículo 95 Ley 222 de 1.995).

A fin de dar cumplimiento a la finalidad anotada, la ley ha previsto que como consecuencia de la apertura del proceso se generan varios efectos, a saber: la formación de los activos que componen el patrimonio a liquidar (artículo 151 ídem); el embargo, secuestro y avalúo de todos los bienes del deudor; el emplazamiento de todos y cada uno de los acreedores del deudor fallido.

En cuanto al patrimonio a liquidar establece que el mismo está conformado por todos aquellos activos que tengan un valor económico y la totalidad de los pasivos (artículo 179 ejusdem). Con respecto a los activos, deberán ser relacionados uno a uno, en inventario que deberá elaborar el liquidador dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aceptación del cargo (artículo 180 de la Ley 222 de 1.995).

Cabe anotar que el inventario constituye una etapa procesal de especial importancia para el trámite de la liquidación obligatoria, en la medida que otorga certeza en cuanto a los bienes que están destinados a satisfacer las acreencias a cargo del concursado, razón por la cual, la ley condicionó el avalúo de los bienes y de contera su enajenación a su previa aprobación (artículo 181 ibídem).





A fin de dar cumplimiento a los fines de la liquidación, se requiere tener certeza en cuanto al monto de las acreencias que deberán ser satisfechas con el producto de la enajenación de los bienes inventariados. Así las cosas, y como consecuencia del principio de colectividad, la ley establece que todos los acreedores del deudor se harán parte en la oportunidad prevista para el efecto. En este sentido, el juez concursal deberá pronunciarse respecto de todas y cada una de las acreencias reclamadas y ubicarlas en los grados y categorías que establece el Código Civil, decisión que constituye la espina dorsal del concurso, en la medida que con base en lo dispuesto allí se procederá a la atención de las obligaciones.

En cuanto a la terminación de la liquidación obligatoria es imperioso tener en cuenta dos hechos a saber: que los bienes resulten suficientes para atender todas y cada una de las obligaciones presentadas al proceso o que por el contrario, no permitan su atención plena.

En el primer caso, la ley establece que pagado el pasivo externo e interno, el juez declarará terminada la liquidación y ordenará el archivo del expediente.

En el segundo evento, es decir cuando realizados todos los bienes no fuere posible la atención de todas las obligaciones, el juez declarará terminado el trámite y ordenará el archivo del expediente.

Cabe anotar, que la Ley 222 no estableció formas o especies de terminación del proceso distintas a las ya enunciadas.

En cuanto a la inquietud referente a la viabilidad de la terminación del proceso por fuerza mayor y por tanto prescindir el inventario, debe tenerse en cuenta que si bien eventualmente podría considerarse la posibilidad de terminación de un proceso de esta clase por fuerza mayor, no obstante que la regulación concursal no lo previó, vr. gr. porque un fenómeno natural destruyó los bienes que conformaban el patrimonio a liquidar, es pertinente señalar que doctrinaria y jurisprudencialmente se han estimado los constitutivos de la fuerza mayor.

En efecto, la Ley 95 de 1.890 dispuso en su artículo primero que :»*Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto que no es posible resistir...*».

La condición de administrador predicable del liquidador así como el cumplimiento de las cargas propias de los auxiliares de la justicia, le imponen previamente a la petición de terminación, desplegar todas las actuaciones necesarias para superar los obstáculos en orden a destrabar el proceso.

Ahora bien, si la actuación del liquidador resulta fallida, en la medida que no permite superar los obstáculos descritos y por tanto el proceso se paraliza en atención a la imposibilidad para llevar a cabo el inventario, se deberá estudiar las circunstancias particulares del proceso a fin de establecer si se configuran los elementos que constituyen una fuerza mayor y en el evento que el análisis resulta afirmativo, estudiar la posibilidad de decretar la terminación del mismo.

De otra parte, el artículo 129 del Decreto 2649 de 1.993 consagra que al terminar cada ejercicio, se debe efectuar un inventario de mercancías para la venta el cual contendrá una relación detallada de las existencias con indicación de su costo unitario y total. En este sentido, el artículo 63 ibídem, establece que al cierre del período, deben reconocerse las contingencias de pérdida del valor expresado de los inventarios, mediante las provisiones necesarias para ajustarlos a los valores netos de realización, hecho que se consigna fundamentalmente con la realización de una toma física en la cual se detecten faltantes, sobrantes, estado de conservación, adecuada clasificación, etc., de dichos inventarios. (Oficio 220-64646 octubre 9 de 1998).





## DIFERENCIAS ENTRE LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA Y LIQUIDACIÓN PRIVADA

1) La privada es consecuencia del acaecimiento de una causal de disolución establecida en la ley, la obligatoria es el resultado de las dificultades económicas que afronta el deudor:
2) En la privada la disolución debe ser decretada por los asociados y como consecuencia de ella viene la liquidación; en la obligatoria la disolución de la sociedad es consecuencia de la apertura del trámite liquidatorio;

3) En la privada los órganos lo designan los socios, en la obligatoria el liquidador lo designa la Superintendencia de Sociedades, o el juez competente razón por la cual aquéllos no pueden pedir su remoción;

4) En la privada los órganos sociales continúan funcionando durante toda la etapa de la liquidación, en la obligatoria éstos quedan en suspenso y la vigilancia recae directamente en los acreedores a través de la junta asesora del liquidador y el juez del concurso (con excepción del revisor fiscal);

5) El inventario en la privada es aprobado por los asociados, en la obligatoria se verifica previamente por la junta asesora del liquidador y se aprueba por la Superintendencia de Sociedades; o el juez competente.

6) En la privada, una vez inscrita la disolución en el registro mercantil es irreversible y ella debe concluir con la extinción de la personalidad jurídica; en la obligatoria la causal de disolución originada en la apertura del trámite liquidatorio puede quedar sin efecto, si así se dispone en el concordato que se celebre con los acreedores en esta etapa;

7) La cuentas del liquidador, en la privada las aprueban o imprueban directamente los socios, en la obligatoria, aunque los socios tienen la facultad de objetarlas, la aprobación o no de las mismas corresponde a la Superintendencia de Sociedades, o el juez competente.

8) En la privada, cuando se designa como liquidador a la persona que venía desempeñándose como gerente o representante legal, para que pueda desempeñar el cargo debe aprobársele, previamente, por la junta de socios o asamblea de accionistas las cuentas de su gestión; en el trámite de la liquidación obligatoria, cuando el superintendente o el juez competente designe como liquidador a quien viene desempeñándose como gerente o representante legal, éste está relevado de presentar previamente sus cuentas, ya que la ley guarda silencio al respecto." (Oficio 220-124 enero 5 de 1998)





# REUNIONES DEL MÁXIMO ÓRGANO SOCIAL

## DESCONVOCATORIA DE LAS REUNIONES DEL MÁXIMO ÓRGANO SOCIAL

Una vez convocado el máximo órgano social con plena observancia de las formalidades legales y estatutarias del caso, no es viable un aplazamiento de la reunión citada, pues ello implicaría lo que la doctrina ha denominado una desconvocatoria, figura esta que si bien carece de consagración legal, es inaplicable si se tiene en cuenta que la convocatoria equivale a un acto jurídico generador de efectos vinculantes frente a los destinatarios de la misma, como son los asociados quienes en virtud de ellos adquieren la vocación a constituirse, en la fecha, hora y lugar predeterminados en asamblea de accionistas para ejercer en la misma el derecho a deliberar y votar.

Por consiguiente, sólo en el evento de que existiera manifestación expresa de todos y cada uno de los socios que representen el 100% de las acciones en circulación, sería factible tal aplazamiento.

De todas formas es de advertir que si la convocatoria obedece a una orden dada por esta entidad, así medie la anotada manifestación, se requerirá para el efecto previa autorización de este Despacho.

En el evento de que haya necesidad de una nueva reunión por no instalarse siquiera la inicialmente citada, la convocatoria que para ella se haga debe hacerse por el medio y con la antelación exigida para la misma en razón a los asuntos a tratar.

Por el contrario, si la nueva reunión tiene el carácter de reunión de segunda convocatoria en los términos del artículo 429 del Código de Comercio, cuya procedencia se sustente en el hecho de haberse imposibilitado su realización por la comprobación de la falta de quórum, para tal reunión no sería menester la antelación de los 15

días hábiles si en ella se va a considerar el balance de fin de ejercicio, según doctrina de esta Entidad. (Oficio 220-35956 diciembre 23 de 1992)

## LOS VOTOS EN BLANCO FRENTE A DECISIONES DEL MÁXIMO ÓRGANO SOCIAL

**El voto, como declaración de voluntad es un comportamiento dirigido a expresar el pensamiento, y se constituye en herramienta efectiva para que los asociados puedan intervenir en la formación de la voluntad social con posibilidad de ejercer control sobre los administradores de la persona jurídica de la cual entre otros, son socios o accionistas.**

El voto puede contener manifestaciones de voluntad afirmativas o de aprobación y negativas o de reprobación, con respecto al asunto sometido a debate.

Por tanto, el voto en blanco, en virtud del cual, no obstante haber ejercido el derecho de voto su titular, no hace manifestación de voluntad alguna por lo que mal puede suponer que el querer contenido en él fuera afirmativo o negativo.

Siguiendo los lineamientos del artículo 197 del Código de Comercio, y para efecto de las elecciones, mas no de la toma de decisiones, los votos en blanco solo se computan para determinar el cuociente electoral cuando se trate de elegir a dos o más personas para integrar una misma junta, comisión o cuerpo colegiado, con el fin de asegurar el derecho de representación de las minorias.

En consecuencia con lo anterior, no es posible pretender "que deban sumar los votos en blanco a la mayoría para definir la votación", pues de admitirlo estaríamos vulnerando el derecho que tienen los accionistas de abstenerse de expresar su voluntad y permitiendo que una proposición aprobada con una mayoría decisoria insuficiente entre a producir plenos efectos, en contravención de disposiciones legales y estatutarias.





Finalmente, debe destacarse que en el caso expuesto y al tenor de los señalado en el artículo 190 del Código de Comercio, la sanción que se impone para decisiones que no se adopten con la mayoría legalmente requerida es la nulidad absoluta, la cual sólo puede y debe ser declarada por un Juez de la República (artículo 1742 del Código Civil subrogado por el artículo 2º. de la Ley 50 de 1936). (Oficio 320-34071 junio 12 de 1995)

## ALCANCES DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY 222 DE 1995

Se ha cuestionado sobre la posibilidad de dar aplicación al artículo 20 de la Ley 222 de 1995, para el caso de decisiones propias de la junta de socios y asamblea general de accionistas en las sociedades denominadas "cerradas", en particular respecto a la celebración de asambleas ordinarias con base en la citada disposición, así como la fecha límite de la que goza el representante legal de la sociedad para enviar las comunicaciones.

Para ese fin el Despacho estima pertinente efectuar algunas consideraciones, previa la transcripción de la norma.

Artículo 20: "Otro mecanismo para la toma de decisiones. Serán válidas las decisiones del máximo órgano social o de la junta directiva cuando por escrito, todos los socios o miembros expresen el sentido de su voto. En este evento la mayoría respectiva se computará sobre el total de los aportes de interés, cuotas o acciones en circulación o de los miembros de la junta directiva, según el caso. Si los socios o miembros hubieren expresado su voto en documentos separados, estos deberán recibirse en un término máximo de un mes, contado a partir de la primera comunicación recibida.

El representante legal informará a los socios o miembros de junta el sentido de la decisión, dentro de los cinco días siguientes a la recepción de los documentos en los que se exprese el voto".

Uno de los grandes aportes que trae la mencionada Ley 222, es el de adecuar las reuniones de las sociedades comerciales a las nuevas exigencias tecnológicas, así como a las necesidades de los empresarios y accionistas con respecto al manejo de sus agendas, ya que en muchas oportunidades es difícil coincidir en el mismo espacio y en el mismo tiempo para concretar una reunión del máximo órgano social, o de la junta directiva.

Esos aportes los encontramos en los artículos 19 y 20 de la citada ley, que se refieren a las reuniones no presenciales el primero y otros mecanismos para la toma de decisiones el segundo. Concretándonos en el artículo 20 transcrito, se pone de presente que se trata de un mecanismo o instrumento para la adopción de decisiones diferente a la reunión propiamente dichos del máximo órgano social, constituido como asamblea o junta de socios. A esta conclusión se llega con la lectura del título de la disposición: "otros mecanismos para la toma de decisiones", y el calificativo de "otros" que supone como lo contempla la definición del Diccionario de la Real Academia Española de la lengua "Aplícase a la persona o cosa distinta de aquella que se habla", una institución diferente a la constitución del máximo órgano social y a la reunión que pueda llevarse a cabo para el efecto.

Por lo dicho, no resulta viable entender que bajo el mecanismo del artículo 20 pueda celebrarse una reunión ordinaria, pues tal como atrás se expuso la norma no se encarga de regular la conformación del máximo órgano social como tal, razón por la cual mal podría hablarse de clases o tipos de reuniones. En resumen, el artículo 20 consagra un mecanismo para la adopción de las decisiones correspondientes, pero en modo alguno comporta la conformación del órgano de que se trate.

**FILOSOFÍA DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY 222 DE 1.995.**

La norma procura que todos y cada uno de las personas naturales o jurídicas que integran el capital social de una determinada compañía, puedan opinar sobre todos los aspectos que competen al desarrollo del ente moral, sin la premura de reuniones concertadas y rígidas, que cada día, en nuestra época, son más





difíciles de lograr concretar y reunir en un mismo sitio y hora. Además, la norma pretende en forma casi exclusiva en las denominadas "actuaciones por consentimiento escrito de los asociados o miembros del órgano colegiado" que se logre consultar la opinión del cien por ciento de sus asociados y que para cada punto motivo de votación se cuente con la constancia por escrito de la forma en que cada interesado dirigió su voto correspondiente.

**NO REQUIERE CONVOCATORIA.**

Como consecuencia de que no hay reunión del órgano respectivo, no habrá lugar a la convocatoria, pues ella de acuerdo con el artículo 186 del Código de Comercio, es un requisito esencial para la conformación y funcionamiento del máximo órgano social de las sociedades comerciales de acuerdo con lo prescrito en la ley o en los estatutos, máxime cuando del contenido del artículo 20 se concluye que debe existir un "quórum universal", lo que de suyo permite obviar la convocatoria.

En el anterior orden de ideas, el artículo 20 de la Ley 222 de 1.995, se puede aplicar a toda clase de sociedades (abierta o cerrada) a todo tipo societario (anónimas, limitadas etc.), y para todos los efectos, pues en cuanto a la adopción de las decisiones la ley no restringió o limitó las mismas, razón por la cual resulta procedente que se adopten todas, inclusive las determinaciones propias de una reunión ordinaria. (Oficio 220- 15059 abril 7 de 1998)

## OPCIONES PARA ADOPTAR LAS DECISIONES DE LA ASAMBLEA PROPIAS DE LA SESIÓN ORDINARIA

**1. Estando representada la totalidad de las acciones suscritas, se puede reunir la Asamblea en sesión ordinaria en un sitio diferente al domicilio social y aprobar o desaprobar los balances de fin de ejercicio y demás temas propios de este tipo de reunión?**

**2. Si los accionistas una vez recibida la citación para la reunión ordinaria, deciden que se de aplicación al artículo 20 de la Ley 22 de 1995 y que se tomen por escrito de todos ellos las decisiones en los términos prescritos por esa ley se podría prescindir de la celebración de la asamblea ordinaria ?**

1. Aprobación del Balance en Reuniones Universales

Según lo dispuesto por el artículo 181 del Código de Comercio, que clasifica en dos las reuniones del máximo órgano social, ordinarias unas y extraordinarias las otras, los socios de toda compañía se reunirán en junta de socios o asamblea general ordinaria una vez al año, por lo menos, en la época fijada en los estatutos o en la ley, teniendo en cuenta la regla general del artículo 186 ibídem, de acuerdo con la cual las reuniones cualquiera que sea su carácter, deben realizarse en el lugar del domicilio social, con sujeción a lo prescrito en la ley o en los estatutos en cuanto a convocación y quórum, so pena de resultar ineficaces las decisiones adoptadas en contravención a tales exigencias.

A propósito de esos requisitos el artículo 182 ibídem advierte, que la junta de socios o la asamblea podrá reunirse válidamente cualquier día y en cualquier lugar sin previa convocatoria, cuando se hallare representada la totalidad de los asociados.

A su turno el artículo 422 del Código citado, aplicable a las sociedades anónimas establece que 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, con el objeto de 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.

Para ese efecto agrega la norma, los administradores permitirán el ejercicio del derecho de inspección a los accionistas o a sus





representantes durante los quince días anteriores a la reunión, precepto que se compagina con el contenido en el inciso segundo del artículo 424 el cual determina que para las reuniones en que hayan de aprobarse los balances de fin de ejercicio, la convocatoria se hará cuando menos con quince días hábiles de anticipación y que ha de interpretarse en concordancia con el artículo 447 del código citado y ahora con el artículo 48 de la Ley 222 de 1995 que regulan específicamente el derecho de inspección, sus alcances y cobertura.

Por su parte el parágrafo del artículo 187 del mismo Código que hace una enunciación general de las funciones que le corresponde cumplir al máximo órgano social, enunciación que naturalmente comprende las relacionadas en la norma antes citada, (art. 422) expresa que todas ellas, así como las demás funciones que se señalen en los estatutos o las leyes, podrán cumplirse lo mismo en las reuniones ordinarias que en las extraordinarias, si en el contrato social o en las leyes no se previene otra cosa.

**De las disposiciones citadas se infieren varias conclusiones, entre ellas, que el legislador reconoce expresamente dos tipos regulares de reuniones (independientemente de la forma "no presencial" que contempla el artículo 19 de la Ley 222 de 1995) siendo por exclusión extraordinarias, todas las que no tienen el carácter de ordinarias, carácter este que obedece tanto a la época de su celebración como al temario que en ellas se ha de tratar, siendo el punto primordial del mismo, la consideración de las cuentas y el balance del ultimo ejercicio y la correspondiente distribución de utilidades, e igualmente que el cumplimiento de esta función lleva ineludiblemente consigo el ejercicio del derecho de inspección, con sujeción a las reglas para ese efecto establecidas, lo que de suyo impone a los administradores el deber de permitirlo en los términos que prevén los estatutos y la ley, además de que para la debida conformación y funcionamiento de la asamblea en este tipo de reuniones ha de estarse a lo prescrito en la ley o en los estatutos en cuanto lugar, convocatoria y quórum (artículo 186).**

**Por otra parte es claro que conforme a lo dispuesto en el artículo 182 ibídem, el requisito de la convocatoria puede**

**obviarse en cualquier caso cuando quiera que se halle representada la totalidad de los asociados, evento en el cual la reunión que por razón de esa circunstancia ha denominado la doctrina "universal" puede llevarse a cabo en todo tiempo y lugar, sea dentro o fuera del domicilio y aun en un país extranjero y en ella pueden tomarse a discreción de los asociados todas sin excepción, las decisiones que sean de competencia del máximo órgano social, sin perder de vista desde luego la mayoría decisoria que para cada cual corresponda, así como las demás condiciones que en particular imponga la ley.**

**CONCLUSIONES:**

**1. Es indudable que si la totalidad de los asociados en un momento dado resuelven constituirse en asamblea general, bien pueden haciendo uso de las prerrogativas que reconoce la ley en virtud de la universalidad, realizar la reunión en el sitio que a bien tengan con el fin de tratar los temas que estimen necesarios y en ese orden, adoptar algunas o todas las decisiones que serían objeto del temario propio de la reunión ordinaria, incluida la aprobación del balance de fin de ejercicio, puesto que según los preceptos antes consultados la ley no hizo al respecto ninguna distinción.**

**Sin embargo en lo que tiene que ver con la aprobación del balance es preciso tener en cuenta como antes se anotó, que esa función supone el ejercicio previo por parte de los accionistas del derecho de inspección sobre los libros y papeles de la sociedad en los términos a que aluden los artículos 447 del Código de Comercio y 48 de la Ley 222, para lo cual éstos deben ser puestos a su disposición durante los quince días hábiles que preceden a la reunión en que el mismo haya de ser aprobado, so pena, de una parte, de resultar viciada la decisión tomada sin observancia de ese requisito y de otra, de las sanciones que por ese hecho proceden contra los administradores y el revisor fiscal.**





**En consecuencia, si bien es cierto que nada obsta para que pueda en esas circunstancias aprobarse el balance, no lo es menos que para prescindir del derecho de inspección, el cual radica individualmente en cabeza de todos y cada uno de los accionistas, se requiere la renuncia explícita por parte de la totalidad de los mismos, lo cual implica que en ese caso el balance solo se entenderá aprobado cuando la decisión sea adoptada unánimemente, pues es obvio que en ese evento todos han hecho dejación de ese derecho, o lo que es equivalente, que consideran suficiente el examen de los libros y papeles que hayan realizado en el curso de la misma reunión.**

Por ende si se presenta siquiera uno de los accionistas, cualquiera sea el número de acciones de que sea titular, que se oponga a la aprobación porque estime pertinente para ese fin hacer exigible el derecho de inspección que le asiste en los términos de la ley, no podrá darse curso a dicha decisión, sin perjuicio de las demás que se adopten con el voto favorable de la mayoría que para cada cual corresponda, en cuyo caso los administradores deberán proceder de conformidad, dando cumplimiento a los requisitos propios de la reunión que haya de convocarse para someter a consideración del máximo órgano social el balance.

**2. Todas las decisiones que competen a la Asamblea pueden aportarse por el mecanismo previsto en el artículo 20 de la Ley 222 de 1995**

De acuerdo con los términos establecidos en el artículo 20 de la Ley 222 de 1995, serán válidas las decisiones del máximo órgano social así como de la junta directiva, cuando todos los socios o miembros, por escrito expresen el sentido de su voto. En ese evento, la mayoría respectiva se computará sobre el total de las partes de interés, cuotas o acciones en circulación, o de los miembros de la junta directiva según el caso. Cuando los participantes hayan expresado el sentido de su voto en documentos separados, estos deberán recibirse en el término máximo de un mes contado a partir de la primera comunicación.

**Analizada la norma para los fines que conciernen al interrogante formulado, se puede claramente observar que el mecanismo es viable sin excepción de ninguna naturaleza para la adopción de cualquier determinación que le competa a la asamblea general de accionistas, para lo cual indefectiblemente se requiere en primer lugar que la totalidad de los accionistas participen expresando por escrito y dentro de la debida oportunidad el sentido de su voto, cualquiera sea éste; es decir que haya manifestación unánime respecto a la decisión por tomar y en segundo lugar, para que sea válida la determinación en particular, es preciso que se cuente con la aprobación de accionistas que representen la mayoría decisoria que en cada caso se requiera, según lo que dispongan los estatutos y la ley.**

**De ahí que como ya quedó visto antes, los asuntos que son materia del temario de las reuniones ordinarias, no son exclusivos de ese tipo de reuniones y así mismo que el legislador no consagró excepción alguna en torno a las decisiones susceptibles de ser adoptadas a través del mecanismo que contempla el citado artículo 20 de la Ley 222 por tanto, es dable colegir que bien pueden tomarse a través del mismo algunas e incluso todas las determinaciones que en aquellas habrían de tratarse, bien sea que como en la hipótesis a que se hizo alusión se hubiera efectuado con anterioridad la convocatoria para la reunión ordinaria y los accionistas unánimemente acuerden en lugar de constituirse en reunión de asamblea, acudir a ese procedimiento, o bien, porque sin mediar citación para ese efecto, espontánea y casualmente todos lo consideren propicio y se cumplan en relación con todas y cada una de las decisiones las condiciones a que el procedimiento está supeditado, así como las demás reglas que legal y estatutariamente correspondan en razón a la naturaleza de cada decisión en particular.**

En ese supuesto habrá de tenerse en cuenta el aspecto que fue ya tratado en relación con la aprobación del balance, sin que sea posible perder de vista que en todo caso es esa una función condicionada al ejercicio del derecho de inspección, razón por la cual si el mismo no





se ha permitido antes de que los accionistas pretendan expresar en torno a su aprobación o improbación el sentido de su voto en los términos y bajo las reglas que al efecto fija la ley, sería indispensable conforme atrás se expuso, que la decisión de aprobarlo contara con el voto favorable de la totalidad de los accionistas.

Situación semejante se presentaría en tratándose de la elección de la junta directiva y cualquier otro cuerpo colegiado, toda vez que esa determinación en condiciones normales implicaría la necesidad de efectuar la elección aplicando el sistema del cuociente electoral en la forma que determina el artículo 197 del Código de Comercio, el cual no procedería cuando para ese fin se emplee el mecanismo del voto por escrito, requisito que solo puede obviarse cuando la determinación sea tomada por unanimidad. (Oficio 220-43760 julio 28 de 1998). Boletín No. 1 de 1999.

## QUÓRUM Y MAYORÍAS A LA VIGENCIA DE LA LEY 222 DE 1995

### A. ALCANCE DEL ARTÍCULO 68 LEY 222 DE 1995

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

La opinión de este Despacho sobre el alcance del artículo transcrito se resume así:

1. El artículo 68 de la Ley 222 de 1995 se aplica a las sociedades anónimas.

1.1 El artículo 68 se aplica exclusivamente a las sociedades anónimas porque forma parte del Capítulo VII, del Libro I, que se refiere a tales compañías; el lenguaje de la norma describe los elementos de este tipo de compañías y, por si lo dicho no bastara, sus antecedentes confirman lo dicho. Es oportuno traer a colación la ponencia presentada ante la Cámara de Representantes para segundo debate, proyecto que se convirtió luego en la Ley 222. En ese documento se dijo que "Respecto a las sociedades anónimas, una modificación que se propone es la relativa a la reducción de la mayoría decisoria de la asamblea general de accionistas que implicará que en estas sociedades las decisiones deban adoptarse en todos los casos, cuando menos, con la mayoría absoluta de las acciones representadas en la reunión, pero dejándose abierta la posibilidad de que en las sociedades que no negocien sus acciones en el mercado público de valores, puedan estipularse en los estatutos mayorías decisorias superiores para determinadas decisiones. Con ello se busca crear un espacio para los inversionistas de tal manera que estos no se vean precisados a recurrir a grandes inversiones para alcanzar el control decisorio (Gaceta del Congreso año IV, No. 61, abr. 25/95).

1.2 Si bien la finalidad y alcances del artículo 68 de la Ley 222 de 1995 quedan suficientemente explicados, se tiene además que en el citado artículo, sobresalen las expresiones "***asambleas***" y ***"acciones suscritas"***, con lo cual resulta aún más claro que su enunciado corresponde exclusivamente a las sociedades anónimas".

2. Un nuevo régimen de mayorías en las sociedades anónimas:

Para precisar el alcance del segundo párrafo del artículo 68 en cita ha de tenerse en cuenta que esa regla implica:

**2.1 Todas las decisiones que se tomen dentro de la asamblea de una sociedad anónima, se deben adoptar con la mayoría de los votos presentes en la respectiva reunión salvo las decisiones contempladas en los artículos 155,**





**420 numeral 5º y 455 del Código de Comercio, casos en los cuales se aplicarán las mayorías allí establecidas.**

**2.2 Puede pactarse un quórum diferente y son admisibles mayorías superiores a las antes indicadas siempre y cuando se trate de sociedades que no negocien sus acciones en el mercado público de valores. (inciso 2º artículo 68 Ley 222 de 1995).**

**2.3 En las sociedades anónimas las reformas estatutarias, así como cualquiera otra decisión diferente de las que taxativamente relaciona el artículo 68, se deberán aprobar con la mayoría de los votos presentes en la reunión de la asamblea general de accionistas en la que se someta a consideración el tema que se debate, salvo que tratándose de sociedades anónimas cuyas acciones no se negocien en los mercados públicos, de valores si se hubiere pactado una mayoría superior.**

**2.4 En las sociedades anónimas cuyas acciones estuvieren inscritas en las bolsas de valores, el quórum y las mayorías decisorias son las que ahora señala imperativamente la ley (artículo 68 Ley 222 de 1995) y en el caso de las sociedades que no negocien sus acciones en los mercados públicos de valores tales mayorías serán las que señalen sus estatutos y, en silencio de ellas, las que precisa el artículo 68 en cita, porque tal regla preceptúa que toda decisión distinta de las relacionadas en los asuntos de los que tratan los artículos 155, 420 numeral 5º y 455, se tomará por mayoría de los votos presentes.**

**2.5 En materia de mayorías, tratándose de sociedades anónimas fueron derogadas las que para eventos diferentes a los mencionados consagraba el Código de Comercio.**

## B. CLÁUSULAS CONTRACTUALES ALUSIVAS AL QUÓRUM Y MAYORÍAS SUPERIORES PACTADAS CON ANTERIORIDAD A LA LEY 222 DE 1995

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

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

Por lo antes dicho:

1. Si al amparo de la ley vigente al momento de la celebración del contrato o de la adopción de la correspondiente reforma estatutaria, se estipularon cláusulas que exigían un quórum diferente o mayorías decisorias distintas a las que recientemente determinó la ley, o simplemente en su momento se guardó silencio sobre el particular acogiendo implícitamente el quórum o el régimen vigente sobre mayorías decisorias, serán tales cláusulas o normas legales las que se seguirán aplicando hasta cuando la voluntad de las partes, expresada a través del órgano social competente y con el lleno de las formalidades legales y estatutarias a que haya lugar, decida modificarlas, en cuyo evento, la determinación que se adopte habrá de sujetarse a lo que preceptúa la Ley 222.

2. Lo antedicho no se aplica cuando se trata de sociedades con acciones inscritas en el mercado público de valores, pues como se indicó las disposiciones que a ellas conciernen en materia de quórum y mayorías tienen carácter imperativo y





prevalecen frente a las estipulaciones contractuales que les sean contrarias.

3. **De la regla general expuesta se exceptúa el caso de la mayoría decisoria que se exige para efecto de la distribución de utilidades, toda vez que en virtud de la modificación que la citada ley introdujo al artículo 155 ibídem, tal determinación necesariamente requiere la aprobación de un número plural de socios que represente, cuando menos , el 78% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión, salvo que se pacte una mayoría superior, precepto este que por tener carácter imperativo también es de obligatorio cumplimiento.**

La interpretación que se expone tiene sustento también en el artículo 120 del estatuto mercantil, disposición de la cual en el proyecto de reforma al Código de Comercio de 1958 se expresó:

"6° Para terminar este capítulo se regulan en el proyecto dos cuestiones sobre las cuales se ha considerado útil una forma expresa: una es la relativa a la forma en que operan las leyes nuevas en relación con las sociedades preexistentes (artículo 336); y otra es la posibilidad de que determinadas sociedades se constituyan por simple documento privado cuando no se proponen actividades comerciales (artículo 337).

a) La primera cuestión se regula siguiendo las ideas consagradas en la Ley 153 de 1887, para ello se distingue entre lo que es la formación o constitución de la sociedad y lo que es su funcionamiento. La formación se sujeta a las leyes vigentes al tiempo de la constitución de cada sociedad y, por eso, se prevé que "las sociedades válidamente constituídas, los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas por tales sociedades bajo el imperio de una ley subsistirán bajo la vigencia de leyes posteriores". El funcionamiento de esas sociedades se somete en cambio, a las leyes que vayan expidiéndose, para facilitar la acción reguladora del Estado, permitir a los mismos asociados aprovechar los perfeccionamientos de la técnica positiva y dar certeza frente a

terceros, a las situaciones creadas en interés de la sociedad; por eso se agrega que "la administración social y las relaciones derivadas del contrato, tanto entre los socios como respecto de terceros, se sujetarán a la ley nueva". (Proyecto de Código de Comercio, Tomo II, 1958, Ministerio de Justicia, páginas 102 y 103). (Oficio 220-42826 agosto 8 de 1997)

## PODERES PARA REPRESENTAR A LOS ACCIONISTAS A LA LUZ DE LA LEY 222 DE 1995

Procedemos a referirnos a la viabilidad de otorgar poderes por parte de los accionistas, para que sean representados sus intereses en todas las reuniones de asamblea general de accionistas que se realicen para llevar a cabo el proceso de liquidación de la sociedad, con facultades para votar y tomar las decisiones que se propongan.

### 1) LA VOLUNTAD, COMO ELEMENTO GENERADOR DE OBLIGACIONES

**El Código Civil colombiano, individualista por naturaleza, reconoce la autonomía de la voluntad como fuente natural de las obligaciones, de donde se colige que su manifestación produce efectos jurídicos, por ser ley que obliga a las partes, conforme lo estipula el artículo 1602 del C.C.**

Ese principio es el que le reconoce a la voluntad humana eficacia jurídica propia para fijarse ley por medio de actos jurídicos que ejecute, y en consecuencia, la de obligarse jurídicamente mediante los actos que realiza con tal finalidad, es decir el contrato y el compromiso unilateral. Dicho en otros términos, la voluntad de las partes crea ley entre ellas o lo que es lo mismo, la voluntad tiene fuerza de ley, y por ello la del Estado no se le puede sobreponer, su fin es respetarla y hacerla respetar de los demás y entre las partes, excepto claro está las leyes estatales imperativas.

Como ya se manifestó, lo expuesto encuentra su resorte legal, entre otros, en el artículo 1602 del Código Civil, cuando señala que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes contratantes,





el de mandato lo es, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales.

### 2) EL MANDATO

El artículo 2142 del Código Civil lo define como un contrato a través del cual una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

Mientras tanto, el Código de Comercio (art. 1262), lo considera como aquel contrato mediante el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra, haciendo la salvedad que el mandato puede conllevar o no la representación del mandante.

Por su parte, el artículo 1263 ibidem, es claro en señalar que el mandato comprende los actos para los cuales haya sido conferido y aquellos que sean necesarios para su cumplimiento.

Con base en lo dicho, podemos señalar como elementos del mandato los siguientes:

a) **Poder**: como dice el profesor Tamayo Lombana "*Es el elemento en virtud del cual el representante actúa en nombre del representado, haciendo producir en su cabeza y en su patrimonio los efectos del acto jurídico celebrado.*

Se debe aclarar en este aparte que el poder puede ser general o especial según el artículo 2156 del código civil. Si lo primero, se otorga para todos los negocios del mandante, si lo segundo, cuando comprende uno o varios negocios especialmente determinados.

b) **Intención de representar:** o *"contemplatio domini"* en consideración a que por ella se producen los efectos propios de la representación.

c) **Manifestación de voluntad del representante:** o el señalamiento de que se actúa en nombre de otra persona que

recibe el nombre de comitente, representado y en general mandatario.

Por tanto, y tal como se infiere de lo anotado, para el caso planteado de apoderamiento de los asociados en las reuniones de la asamblea general de accionistas dentro de una liquidación, los actos realizados por el representante obligan al representado cuando actúa dentro de los límites establecidos, por cuanto si los sobrepasa sus consecuencias son inoponibles al mandante, obligándose de esta forma el representante.

Otra circunstancia a tener en consideración es lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado el *"mandato aparente"* con base en lo dispuesto por el artículo 2199 idem, cuando expresa que en determinadas condiciones se mantiene la apariencia sobre la realidad, y por consiguiente los actos realizados por el representante obligan al representado aunque estos hubieren sido ejecutados más allá de las atribuciones que le fueron conferidas, todo con fundamento en la buena fe de terceros y la culpa del mandante.

## 3) ALCANCES DEL ARTÍCULO 184 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Comparada la norma que en materia de representación de socios contenía originalmente el Decreto 410 de 1971 y la que en su lugar estableció la Ley 222 de 1995, encontramos que ésta introdujo las siguientes modificaciones:

*"Art. 184.- (actual) Todo socio podrá hacerse representar en las reuniones de la junta de socios o asamblea mediante poder otorgado por escrito, en el que se indique el nombre del apoderado, la persona en quien éste puede sustituirlo, si es del caso, la fecha o época de la reunión o reuniones para las que se confiere y los demás requisitos que se señalen en los estatutos.*

*Los poderes otorgados en el exterior, sólo requieren las formalidades aquí previstas".*





**a) Se aprecia en primer lugar que fue más laxo el legislador respecto del tiempo o plazo para el cual tiene vida útil el poder, al agregar el término *"época"*. Su razón de ser indiscutiblemente fue la de no limitar la voluntad del poderdante a una sola reunión o fecha en particular, siempre y cuando no se atente contra las buenas costumbres, el orden público y la ley. Así, quiso simplemente significar que el mandato contenido en el poder sería apto para cualquier tiempo determinado, mientras el poderdante no lo revocara, todo en consideración al ajuste de las nuevas necesidades imperantes para sus fines personales y para el ente social, en consonancia con el artículo 83 de la Constitución Nacional.**

**El término época concebido por el legislador**

El diccionario de la lengua española tomo I vigésima edición la define como: "f*echa de un suceso desde el cual se empiezan a contar los años. Período de tiempo que se señala por los hechos históricos durante él acaecidos. Temporada de considerable duración".*

Por su parte, Guillermo Cabanellas en el diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Hellasta, Tomo 3, 1981. la define como: *"... temporada y hasta cualquier espacio de tiempo. Lapso de predominio de un personaje, gobernante o de otro influjo considerable y caracterizado. Periodo diferenciado por un sistema o medio...".*

**b) Derogó la condición que establecía: *"esta representación no podrá otorgarse a una persona jurídica, salvo que se conceda en desarrollo del negocio fiduciario".***

**c) Igualmente dejó sin fundamento que: *"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.***

## 4) CONCLUSIÓN

**De conformidad con lo expuesto, no considera esta Superintendencia, en su carácter de autoridad administrativa y no jurisdiccional, que un poder en virtud del cual un asociado confiera la facultad de hacerse representar en todas las reuniones del máximo órgano social, durante el trámite de la liquidación, contrarié norma alguna, en cuyo caso la participación del apoderado se ha de llevar a cabo sin limitación, salvo las que expresamente le haya señalado en mandante, a lo cual habrá de estarse no solo el apoderado sino igualmente los demás asociados para la toma de decisiones.**

**De ahí habría que colegir que la finalidad y los alcances del poder están delimitados por razón del trámite liquidatorio de la sociedad, (bajo el entendido que esa es la época indicada), lo que permite inferir que el apoderado tiene facultades suficientes para representar al socio en el seno de la asamblea tomar en nombre suyo todas las decisiones que la liquidación suponga.** (Oficio 220- 77726 agosto 13 de 1999)

## LA "REUNIÓN POR DERECHO PROPIO" PROCEDE SI NO ES OPORTUNA LA CONVOCATORIA PARA LA REUNION ORDINARIA

El inciso primero del artículo 422 del Código de Comercio dice lo siguiente:

"Las reuniones ordinarias de la asamblea (el subrayado es nuestro) 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..."

Del inciso transcrito podemos deducir que debe entenderse que la reunión ordinaria es la que se efectúa en un época específica que puede ser, o la fijada en los estatutos o la comprendida dentro de





los tres meses siguientes al vencimiento del respectivo ejercicio, y que además tiene como fin examinar la situación de la sociedad y ocuparse de los demás temas relacionados en el mencionado inciso.

Por lo tanto, la reunión ordinaria no sólo está determinada por el temario que en ella se trate, sino además por la época de su celebración.

En el caso en estudio, son los estatutos los que se encargan de fijar la época de celebración de la reunión ordinaria al establecer que ésta deberá efectuarse en los meses de febrero o marzo de cada año.

Por la importancia que la reunión ordinaria reviste, teniendo en cuenta que las funciones que en ella debe cumplir el máximo órgano social, tales como son el examen de la situación de la sociedad, la consideración de cuentas y balances del último ejercicio entre otras, son definitivas para la buena marcha de los negocios sociales como para salvaguardar derechos tanto de socios como de terceros, el legislador, previendo la posibilidad de que la mencionada reunión no se realizara dentro de los términos estatutarios o legales, se encargó de establecer de manera supletoria en el segundo inciso del artículo 422 ibídem, la celebración de una reunión por derecho propio en los siguientes términos :

"Si no fuere convocada, la asamblea se reunirá por derecho propio el primer día hábil del mes de abril, a las 10 a.m., en las oficinas del domicilio principal donde funcione la administración de la sociedad".

Como puede colegirse de lo dicho, lo que ha querido el legislador es preservar el derecho de los asociados de constituirse en asamblea en el momento oportuno para que ésta en su calidad de máximo órgano social, cuente con la posibilidad de examinar la situación de la sociedad y tomar las medidas legales y estatutarias a que haya lugar.

**En consecuencia, la lectura del segundo inciso del artículo 422 ejusdem, debe hacerse en armonía con el primero y por ello ha de entenderse que el legislador establece como condición para la procedencia de la reunión por derecho propio, la ausencia de convocatoria a una reunión ordinaria la cual, solo puede realizarse dentro del período predeterminado legal o estatutariamente.**

**Por lo tanto, no es viable interpretar el segundo inciso del artículo en comento en el sentido de que la sola convocatoria, sin atención a la fecha en que la reunión vaya a celebrarse, anule la posibilidad de la reunión por derecho propio.**

Interpretando correctamente el precepto invocado, debe concluirse que la reunión por derecho propio tendrá lugar siempre que no se convoque a una reunión ordinaria, o que aún habiéndose convocado, la convocatoria no se haga con la antelación suficiente como para que la reunión ordinaria pueda celebrarse dentro del término señalado en los estatutos (asumiendo que en ellos se hayan pactado un término comprendido dentro de los tres primeros meses del año), o en la ley.

Esta Superintendencia mediante oficio AN-06264 del 11 de mayo de 1988 expresó, refiriéndose al mencionado artículo 422 del Código de Comercio, lo siguiente:

"De la simple lectura de la disposición (...) se infieren los requisitos establecidos por el legislador para que se pueda verificar la reunión por derecho propio, ellos son :

a) Que no se convoque la reunión ordinaria y, si por ella entendemos la que se realiza dentro de los tres (3) primeros meses de cada año y se ocupa del temario a que hace referencia el primer inciso del artículo 422, antes citado, resulta que la citación efectuada durante esa época para una sesión extraordinaria que se ocupe del temario anotado en una fecha posterior al último día del mes de marzo, no impide que los asociados se reúnan por derecho propio; la anterior conclusión se desprende de la interpretación de las normas enunciadas con un sentido teológico..." (Oficio 320 6727 marzo 2 de 1998) Boletín Jurídico 5 de 1998).





# SOCIEDAD EN COMANDITA

## FACULTADES DE LOS GESTORES

Procederemos a analizar si conforme a las normas legales aplicables a la sociedad en comandita simple, son operantes cláusulas estatutarias en virtud de las cuales se restrinjan las atribuciones de los socios gestores, en el entendido de que sí bien se les confieren las facultades de representación de la sociedad y administración de sus bienes y negocios, permitiéndoles obrar conjunta o separadamente, se hace exigible para la celebración de algunos actos, la firma conjunta de los gestores, o si por el contrario, limitaciones de esa índole deben entenderse como no escritas, por vulnerar la naturaleza de la sociedad.

Al respecto es oportuno señalar cómo el articulo 38 de la Constitución Nacional garantiza el derecho de asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad, estableciendo así la libertad de unión de esfuerzos o recursos para emprender en forma conjunta la realización de propósitos que les son comunes, a través de formas asociativas.

Por su parte, el articulo 633 párrafo 2o. del Código Civil expresa que las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones en las cuales se encuentra ínsita la búsqueda del lucro y aquellas de utilidad común, más conocidas como fundaciones de beneficencia pública.

### 1) CONCEPTO DE SOCIEDAD

Es la unión de dos o más personas que convienen en poner una cosa con la intención de repartirse la utilidad que puede resultar por el desarrollo de alguna actividad de producción, transformación, administración o custodia de bienes o la prestación de servicios. De ahí que las utilidades sociales redunden en provecho de sus socios o accionistas, en proporción a su participación dentro de la forma asociativa escogida y regulada en el Código de Comercio, la cual constituida legalmente forma una persona jurídica distinta

de los socios individualmente considerados, implicando desde su nacimiento atribuciones que la particularizan en sus relaciones jurídico económicas.

Ahora bien, la forma asociativa está estructurada con un mínimo de elementos o condiciones que permiten su reconocimiento como sujetos de derechos y, ante todo, que hacen viable la realización del objeto y de los fines sociales mediante el ejercicio y la adquisición de los derechos necesarios para su logro.

**2) LA VOLUNTAD COMO ELEMENTO GENERADOR DE OBLIGACIONES**

De lo señalado en el punto primero podemos destacar que el principio de la autonomía de la voluntad se traduce en una doctrina filosófica cuya pretensión es que toda obligación se funde sobre una voluntad libre para crear obligaciones, la cual se manifiesta a través del contrato o de la misma ley.

Ese principio es el que le reconoce a la voluntad humana eficacia jurídica propia para fijarse como ley a través de los actos jurídicos que ejecute, y en consecuencia, la de obligarse jurídicamente mediante los mismos, es decir el contrato y el compromiso unilateral. Lo expuesto encuentra su resorte legal, entre otros, en el artículo 1602 del Código Civil, cuando señala que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes contratantes, el de sociedad lo es, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales, a lo cual cabe agregar la regla que en materia mercantil consagra el artículo 4º, del Código de Comercio: *"las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles".*

**3) SOCIEDAD EN COMANDITA**

Una de las características de este tipo social, es la relacionada con la responsabilidad mixta que concurre entre las dos clases de socios que la conforman. Así, la de los socios gestores es solidaria e ilimitada por las operaciones sociales de la persona jurídica, mientras que la de los comanditarios, tan solo compromete el monto





de sus aportes conforme a las reglas generales que para las dos formas (simple y por acciones) consagran los artículos 323 y siguientes del Código de Comercio, y de acuerdo con las cuales el régimen aplicable a los socios comanditarios varia según la clase que de sociedad encomandita se trate, mientras que en cuanto concierne a los socios colectivos o gestores, es uniforme el tratamiento que la ley les da. Es así como para uno y otro caso, las normas respectivas establecen que la administración de los negocios sociales y la representación de la sociedad, corresponde exclusivamente a todos y cada uno de los socios gestores, con sujeción a lo previsto para la sociedad colectiva, de donde se impone la remisión a los artículos 310 y siguientes del código citado.

Según los términos de la norma referida, la administración en la sociedad colectiva corresponderá a todos y cada uno de los socios, quienes podrán delegarla en sus consocios o extraños, caso en el cual los delegados quedarán inhibidos para la gestión de los negocios sociales. Los delgados tendrán las mismas facultades conferidas a los socios administradores por la ley o por los estatutos, salvo las limitaciones que expresamente se les imponga. Por su parte el artículo 311 ibídem, señala que la representación de la sociedad llevará implícita la facultad de usar la firma social y de celebrar todas las operaciones comprendidas dentro del giro ordinario de los negocios.

"No obstante, debe aclararse que esta gestión por todos los socios no constituye propiamente una modalidad esencial o sustancial de la sociedad colectiva, como la responsabilidad solidaria e ilimitada. Porque en esta materia hay libertad de estipular en el contrato social el sistema de administración que convenga mejor a los asociados, según la índole de los negocios sociales, el lugar y época de su desarrollo, etc. En el artículo 110 del Código, en armonía con el artículo 196 de la misma obra, se consagra claramente esa libertad de organizar la administración que resulte más adecuada, desde que no se desvirtúe en nada la responsabilidad propia de este tipo o forma de sociedad...

(...)

De manera, pues, que la libertad con la cual puede pactarse el sistema de administración da o hace resaltar un carácter meramente supletivo en todas las disposiciones destinadas en el Código de Comercio a la regulación de la administración de los negocios de una compañía colectiva. Así, es decir, sin perjuicio de la libre estipulación que se garantiza en esta materia, puede pactarse una administración ejercida por todos los socios, según las reglas que estos consideren útiles, a falta de estipulación estatutaria o convencional, opera el sistema de gestión colectiva regulado en los artículos 311 y 317 del Código, por ser la que consulta mejor la índole de la colectiva, al tenor de lo que se ha venido proponiendo." GABINO PINZON, Sociedades Comerciales, Vol II, Editorial Temis, 1983, p.44.

En este orden de ideas, se tiene que si los estatutos guardan silencio sobre la manera de administrar la sociedad, o remiten expresamente a la *"forma legal"* de administración, tienen entonces plena vigencia los artículos 310 a 313 del Código de Comercio, entendiéndose en consecuencia que la representación de la sociedad y la administración de los negocios sociales corresponden a todos y cada uno de los socios.

De ahí que, cuando la administración de la sociedad en comandita se ejerce por todos los socios, bien sea por pacto expreso o en virtud de la aplicación de las normas supletorias de la voluntad de los asociados establecida por el artículo 326, o sea, en forma similar a la prevista legalmente para la sociedad colectiva, han de aplicarse las normas propias de dicha sociedad. En tal caso si no se determinan expresamente las facultades de cada socio gestor, se entiende que pueden ejercer separadamente cualquier acto de administración, a menos que se estipule que para todos o algunos eventos deban obrar de consuno, pues en ese evento no le es dado actuar aisladamente.

**De lo expuesto se impone concluir que es perfectamente ajustada a derecho y oponible a terceros la estipulación contractual en virtud de la cual se exija la actuación conjunta**





**de los socios gestores para la realización de determinados actos o la celebración de ciertos contratos, siempre que así se haya expresamente señalado en el contrato social inscrito en el registro mercantil (art. 196 C. Co).** (Oficio 220-77727 agosto 13 de 1999)

# SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

## TRANSFERENCIA DE CUOTAS SOCIALES POR ADJUDICACIÓN Y VENTA DE DERECHOS HERENCIALES

El derecho real de herencia, como derecho patrimonial, es enajenable o cesible a cualquier título. Ello quiere decir que puede ser objeto de enajenación por acto entre vivos a título gratuito u oneroso, o por causa de muerte. De esta cesión nos hablan los artículos 1967 y 1968 del Código Civil.

Quien adquiere el derecho de herencia, es lógico que no toma por ello el carácter de heredero. Los herederos son aquellos a quienes se les asigna la herencia, según las voces del artículo 1011 idem. En el de la sucesión intestada los llamados a ella están señalados en el artículo 1040 del Código Civil, modificado por el artículo 2º de la Ley 29 de 1982. Quien compra derechos de herencia se constituye en un subrogatario del heredero o herederos que ceden.

En relación con este tema de la venta de los derechos herenciales, el tratadista Roberto Suárez Franco, en su obra DERECHO DE SUCESIONES, Editorial Temis 1989, a la página 31 dice: ".....En lo que corresponde a la venta de derechos herenciales, la jurisprudencia ha venido aceptando tres modalidades: 1) mediante la cesión de todos los derechos, o de parte de ellos, indeterminadamente en la sucesión; 2) enajenando derechos herenciales vinculados a bienes determinados de la comunidad universal; 3) enajenando un bien determinado perteneciente a la comunidad universal. Con relación a la primera de estas modalidades el adquirente podría intervenir directamente en el juicio de sucesión por tener personería suficiente para ello, solicitando la adjudicación de sus derechos, como subrogatario de los derechos herenciales cedidos, lo que no es otra cosa que la simple aplicación del artículo 1377 del C.C., norma según la cual, el cedente a título





oneroso, de un derecho real de herencia, sin determinar bienes, cede un derecho a ocupar su puesto en la sucesión..." (la subraya es nuestra). (Oficio 660-1-195 octubre 27 de 1997).

## NO EXISTE OBLIGACIÓN PARA UN SOCIO DE AUMENTAR SU APORTE, SALVO DISPOSICIÓN EN CONTRARIO

Las sociedades comerciales pueden aumentar o disminuir el capital social en virtud de una reforma estatutaria aprobada y formalizada conforme a la ley, regla que se aplica de manera general salvo lo previsto para las sociedades por acciones. Requisitos que en términos generales hacen referencia tanto a la toma de la decisión como a las formalidades requeridas para que surta plenos efectos. La decisión involucra exigencias para la convocatoria, para el quórum deliberativo y para las mayorías decisorias, y para su adopción, debe elevarse a escritura pública e inscribirla en el registro mercantil.

Tratándose de sociedades de responsabilidad limitada, en que el aumento del capital conlleva una reforma estatutaria, tal acuerdo debe contar con la mayoría establecida para esta modificación en el artículo 360 del estatuto mercantil conforme al cual, salvo pacto estatutario que fije una mayoría superior, la adopción de una reforma al contrato social requiere el voto favorable de un número plural de asociados, que represente no menos del setenta por ciento (70%) de las cuotas en que se divide el capital social.

**Hasta aquí el procedimiento resulta claro y simple, sin embargo el aumento del capital social en una sociedad de responsabilidad limitada no sólo importa una reforma sino una carga para los socios que se obligan a realizar el aporte, el cual debe estar cubierto en forma íntegra al solemnizarse cualquier aumento del mismo, tal como lo señala el artículo 354 del Código de Comercio. Es decir, hay una simultaneidad entre la reforma y el desplazamiento patrimonial de los socios hacia la compañía, luego cuando un socio vota a favor del**

**aumento del capital social está generando un vínculo jurídico, consistente en una obligación clara, expresa y exigible a cargo suyo y a favor de la compañía.**

**La pregunta que surge entonces es, si por unirse voluntades de un número plural de socios de no menos del 70% de la totalidad de las cuotas, y aprobar el aumento del capital social, ésta decisión conlleva que los socios disidentes asuman a la vez como propia la obligación de aumentar su aporte en los términos del acuerdo mayoritario.**

La solución ha de buscarse a la luz del artículo 123 del ordenamiento mercantil conforme al cual ningún asociado podrá ser obligado a aumentar o reponer su aporte si dicha obligación no se estipula expresamente en el contrato. Así que si dicha previsión no existe en el contrato social, únicamente se obligarán conforme a la manifestación de la voluntad expresada en la junta de socios, aquellos asociados que acordaron la reforma y se obligaron a aumentar su aporte.

No obstante lo anterior, igual debe dejarse claro que puede ocurrir que el socio asista o exprese su voluntad de aumentar su aporte en la sociedad, en cuyo evento se torna obligatoria para el efecto.

Del aumento del capital social, en el evento en que no todos aumenten su aporte, se deriva una nueva composición de la participación en el capital que necesariamente implica que unos aumenten su poder político en tanto que quienes no participaron con su aporte en la reforma, vean disminuida su participación.

Por último, y en atención al artículo 110 (14) del Código de Comercio, simplemente se deja claro que cualquier cláusula acordada debe dejar intacta la clase de sociedad de que se trata y no atentar contra el orden público y las buenas costumbres. (Oficio 220-63422 julio 7 de 1999)





## CAUSAL DE DISOLUCIÓN POR PÉRDIDAS

Establece el artículo 370 del Código de Comercio que: "...la sociedad de responsabilidad limitada se disolverá cuando ocurran pérdidas que reduzcan el capital por debajo del cincuenta por ciento...", por lo tanto, si atendemos solamente el tenor literal de la norma, una sociedad estaría en causal de disolución; con la verificación de esa simple operación matemática lo que no resulta consecuente con la finalidad que busca la ley.

"Ha sido norma de la Superintendencia acoger como principio el parágrafo del artículo 151 del Código de Comercio, que de manera categórica establece que para todos los efectos legales se entenderá que las pérdidas afectan el capital cuando a consecuencia de las mismas se reduce el patrimonio neto por debajo del monto de dicho capital.

Es así que en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada por ejemplo, no se discute el alcance de la disposición contenida en el artículo 370 del código aludido en el sentido de que a pesar de los términos en él consignados, para los fines de la causal de disolución que el mismo consagra, no puede determinarse su ocurrencia con base en el monto del capital social, como de una interpretación exclusivamente literal se deduce, sino con relación al patrimonio de la sociedad, conforme se desprende de la interpretación sistemática que se impone cuando el sentido de las palabras y proposiciones de un texto legal como el señalado, deben relacionarse con la institución de que hace parte y con el propio sistema jurídico, lo cual permite dar al texto legal su verdadero alcance." (Oficio 310-29157 julio 4 de 1997)

Es patrimonio, el valor residual de los activos del ente económico, después de deducir todos los pasivos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37 del Decreto 2649 de 1993, y lo conforma entre otros conceptos, el capital suscrito y pagado o aportes sociales según corresponda, el superávit de capital, las reservas, la revalorización del patrimonio, los resultados acumulados y los del ejercicio (utilidades o pérdidas), y el superávit por valorizaciones."

En consecuencia deberá tenerse en cuenta el patrimonio de la sociedad, para establecer la ocurrencia de causal de disolución contemplada en el artículo 370 del Estatuto Mercantil.

## RESPONSABILIDAD DE LOS ASOCIADOS

**¿A la luz de la normatividad vigente en materia comercial cual es el alcance de la responsabilidad que por obligaciones dinerarias contraídas durante la existencia de las sociedades de responsabilidad limitada opera en Colombia, más exactamente cuando se entablan demandas de carácter civil contra las mismas?**

Sobre el particular debe precisarse que de acuerdo con las disposiciones legales que integran el régimen de sociedades mercantiles en Colombia, los socios por regla general no son personalmente responsables de las acreencias de la sociedad por motivos que tienen asidero no sólo en la doctrina, sino en las mismas normas que regulan la formación y funcionamiento de las mismas.

En efecto ha de tenerse en cuenta en primer lugar que al tenor del artículo 98 del Código de Comercio, la sociedad que por virtud del contrato se constituye forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, personalidad que la dota de todos los atributos que la individualizan en sus relaciones jurídicas y económicas.

Por tanto la sociedad es titular de un patrimonio exclusivo e independiente al de los asociados, patrimonio que constituye la garantía o prenda común de sus acreedores. De ese patrimonio puede disponer la sociedad y realizar en relación con los bienes que lo conforman toda clase de actos jurídicos y así mismo afrontar activa o pasivamente todas las acciones judiciales o administrativas que resulten necesarias para su conservación y protección.

Por lo que concierne a los socios, su responsabilidad en las sociedades anónimas y limitadas, está restringida al monto de los aportes, salvo que en el caso de estas últimas se hayan





excepcionalmente estipulado prestaciones suplementarias o garantías adicionales, conforme lo establece el artículo 353 del Código de Comercio

Justamente la limitación de la responsabilidad de los socios por las operaciones y deudas de la sociedad al monto de sus respectivos aportes, es el principio fundamental del que se ha tomado la designación más generalizada de este tipo social. En realidad quienes limitan el riesgo son los socios ya que la sociedad responde ilimitadamente frente a terceros hasta donde alcancen sus activos, o valores patrimoniales, salvo que excepcionalmente como se indicó, se hayan estipulado expresamente en el contrato a cargo de uno o varios o todos los socios, una mayor responsabilidad o garantías suplementarias con las cuales se amplíe la capacidad de endeudamiento de la compañía.

Aunque estas solas consideraciones bastan para deducir que no es jurídicamente viable perseguir los bienes que integran el peculio propio de los socios por obligaciones de la sociedad, procede para una mejor comprensión del tema analizar otras razones que tienen relación con el mismo.

A ese efecto resulta oportuno volver a mencionar algunos aspectos del contrato en que tiene origen la sociedad y las consecuencias jurídicas que de él se derivan para los asociados para lo cual viene al caso traer a colación algunos apartes de los comentarios que el tratadista Gabino Pinzón expone en su obra Sociedades Comerciales, donde a propósito de la calidad del socio explica como en virtud del contrato, los socios se hacen deudores de la persona jurídica por sus aportes y al tiempo acreedores de ella misma por las ventajas que son objeto de los derechos legales que le corresponden por su condición de socios. Esas relaciones jurídicas creadas para el socio con ocasión del contrato social constituyen lo que se conoce como interés social, entendido éste como un bien incorporal mueble susceptible de ser estimado en dinero y de ser objeto de negocios como la aportación, la venta, la prenda, el usufructo, etc., con sujeción a las reglas del caso según la clase o tipo de la sociedad, y susceptible de ser perseguido por los acreedores personales del socio, como los demás bienes suyos, en los términos del artículo 2488 del Código Civil.

Así concebido el interés social como un elemento patrimonial que se reputa del socio, es clara la función del mismo como prenda común de los acreedores personales de los socios, en desarrollo del artículo 2488 del Código citado, según el cual todo acreedor tiene acción para perseguir en proceso de ejecución los bienes de su deudor, excepción hecha de los no embargables.

En conclusión aplicando la regla anterior al caso de la sociedad, es evidente que es sobre su patrimonio, entendido como el conjunto de valores de que ella es titular que sus acreedores tienen esa acción.

Debe además precisarse que en el caso de que las obligaciones a cargo de la sociedad tengan el carácter de fiscales o laborales y tratándose de sociedades de responsabilidad limitada, los socios serán responsables solidariamente, cuando quiera que la compañía no pudiese satisfacerlas totalmente.

Ahora bien, en cuanto tiene que ver con la situación de los acreedores cuando la sociedad se disuelve, es necesario en primer lugar aclarar que la legislación no contempla la figura de la "disolución, ni la liquidación de hecho" pues la única manera de extinguir el ente social que ha surgido con ocasión de la celebración del contrato de sociedad, supone ineludiblemente el cumplimiento de dos etapas que son la disolución y su posterior liquidación, las cuales se han de agotar con sujeción a las reglas que establecen los artículos 218 y siguientes del Código de comercio, en concordancia con las previstas para cada tipo de sociedad en particular (articulo 370 ibídem en el caso de las sociedades de Responsabilidad Limitada) y por supuesto con arreglo a las estipulaciones contenidas en el respectivo contrato.

Así la liquidación a la que debe preceder el cumplimiento de las formalidades propias de la disolución ha sido definida como un procedimiento regulado en la ley, cuya observancia es obligatoria en Colombia para todas las compaginas mercantiles, que persigue a través de la realización de una cadena de actos complejos, la conclusión de las actividades pendientes al tiempo de la liquidación, la realización de los activos sociales sociales, el pago del pasivo





externo, la repartición del remanente de dinero o bienes entre los socios y por ultimo la extinción de la persona jurídica-sociedad.

De ahí que la legislación mercantil no permite que la sociedad so pretexto de la liquidación pueda arbitrariamente sustraerse del cumplimiento de las obligaciones contraidas con los terceros, pues el tramite que demanda el proceso de liquidación impone, entre otros la elaboración de un inventario de su patrimonio en el que este incluida la relación pormenorizada de los activos, la de todas sus obligaciones con especificación de la prelación u orden legal de pago, inclusive de las que solo pueden afectar eventualmente su patrimonio social (artículo 234 ibídem en concordancia con los artículos 2488 a 2511 del Código Civil) inventario que debe ser autorizado por un contador publico, si el liquidador no tiene esa calidad, y con base en el cual debe pagarse el pasivo externo de la compañía.

Por último en lo que concierne a la labor de esta Superintendecia debe precisarse que conforme a las disposiciones contenidas en la Ley 222 de 1995 y demás normas concordantes, no le compete diseñar mecanismos tendientes a la solución de diferencias que se presenten como consecuencia del incumplimiento de obligaciones con terceros (acreedores) toda vez que ello es competencia de la justicia ordinaria. (Oficio 220-32221 junio 5 de 1998).

## REUNIONES DE SEGUNDA CONVOCATORIA

En una reunión de segunda convocatoria, la junta de socios puede deliberar y decidir validamente con el voto de la mayoría de los presentes, salvo que para determinadas decisiones se encuentren consagradas mayorías especiales.

Ahora bien, para comprender adecuadamente el asunto que nos ocupa debemos referirnos a las mayorías especiales frente a la llamada mayoría general o común.

**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 criterio resulta procedente reiterar una vez más en esta oportunidad, con base, principalmente, en los siguientes fundamentos:**

Consagra el artículo 186 de nuestro Estatuto Mercantil que "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 (se subraya).

**Dicha disposición legal se halla contenida en el título I, del Libro Segundo, del nombrado estatuto, el cual contiene reglas generales predicables respecto de todos los tipos de sociedad comercial, de manera que igualmente el principio legal contenido en dicha disposición lo es también en relación con cualquier clase de compañía mercantil, aseveración esta que se reafirma aún más, si se tiene en cuenta que el precepto transcrito en el parágrafo precedente, forma parte de la Sección I. Capítulo VII del Título aludido, que regula los asuntos atientes a la Asamblea General y "Junta de Socios", denominación propia de los máximos órganos sociales tanto de las sociedades por acciones como de las sociedades por partes de interés o cuotas, como las limitadas.**

Si bien es cierto que tales reglas no son aplicables de forma absoluta en todos los tipos de reuniones de socios ni respecto de todas las decisiones, pues como claramente lo establece la norma legal en comento, las mismas no operan en los casos en que la ley o los estatutos exijan una mayoría especial, **también lo es que bajo tal concepto no se puede comprender la mayoría que consagra el artículo 359 del Código Mercantil para la sociedad limitada, según el cual las decisiones de la junta de socios se tomarán por un número plural de socios que represente, por lo menos, la mayoría absoluta de las cuotas en que se divide**





**el capital social y con base en tal supuesto sostener la inaplicabilidad de las mencionadas reglas en esta clase de sociedad.** (Se resalta)

En efecto, si de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el término especial se define como "Lo singular o particular que se diferencia de lo común, ordinario o general", **la expresión mayoría especial tiene razón de ser en la medida en que exista la llamada mayoría general o común, coexistencia que debe darse siempre a un algo común o único, de suerte que refiriéndose al texto legal que se está analizando a las reuniones de asociados, ese algo común lo constituirán las normas que rigen a tales asociados, esto es, las que gobiernan a la sociedad de que ellos forman parte y en tal virtud, la especialidad de una mayoría aplicable en las reuniones de dichos socios, estará dada en la medida en que para las mismas también pueda operar una mayoría genérica de la cual se sustraiga aquélla.**

Es así como tenemos entonces que **"la generalidad o especialidad del precepto contenido en el artículo 359 nombrado, debe determinarse no frente a la mayoría decisoria del artículo 427, sino frente a la sociedad limitada de que se trate, de manera que para cada sociedad será mayoría general, bien la consagrada en el anotado artículo 359, si en los estatutos no se pacta nada al respecto y obviamente también si expresamente se acoge, o igualmente lo será la que, con base en la permisibilidad de dicha norma, se pacte por encima de la allí consagrada.**

Siendo ello así, solamente las decisiones que se deban adoptar con mayorías distintas a las referidas, ya sea por mandato legal o estatutario, son aquéllas que de acuerdo con lo previsto en el artículo 186 analizado, no pueden tomarse conforme a las reglas especificas del artículo 429 señalado, así por ejemplo, una reforma estatutaria en una sociedad limitada no podría aprobarse con la mayoría que sugiere el citado artículo 429, por existir para tal asunto una mayoría especial según los términos del artículo 360 ibídem, mientras que aquéllas decisiones que requieran para su adopción

las llamadas mayorías generales, y que como ya se dijo son las previstas con base en el artículo 359, son las que se pueden aprobar con la mayoría del tan nombrado artículo 429.

Siendo entonces tales reuniones de carácter especial, cuyo propósito es predicable respecto de todos los tipos de sociedad, y en las que como se sabe, el órgano rector puede deliberar y decidir validamente con un número plural de asociados, cualquiera sea la cantidad de partes alicuotas representadas, resulta comprensible que las mismas operen en todos ellos y que la finalidad que con ellas se persigue, sólo se cumple en la medida en que en dichas reuniones se pueda decidir con la mayoría señalada"

**Por ello, no sería viable aceptar la procedencia de tales reuniones en la sociedad limitada, mas no la mayoría para ellas señalada, so pretexto de la prioridad del artículo 359, ya que se llegaría a la inoperancia de las mismas y por consiguiente al incumplimiento de la finalidad perseguida por el legislador, pues de nada serviría que dos socios, por ejemplo, titulares de cuotas sociales representativas del 30% del capital social, puedan sesionar en reuniones de segunda convocatoria, o por derecho propio, si no pueden tomar en ellas decisiones validamente".** (Se resalta)

Hay que tener en cuenta que las instituciones o figuras en derecho, sólo operan si ellas se toman íntegramente y no en forma parcial, pues ello podría conducir a su desvertebramiento, y por consiguiente, y en cierta forma, a su inocuidad".

La importancia del artículo 429 tantas veces referido, indiscutiblemente radica en la posibilidad de permitir el funcionamiento del Máximo Organo Social de las sociedades, cuando por diversas circunstancias éste no se reúne dentro del término previsto por falta de quórum. (Oficio 220-56824 junio 9 de 1999).





## DERECHO DE INSPECCIÓN EN SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Sea lo primero señalar que el artículo 369 del Código de Comercio establece que: "...Los socios tendrán derecho a examinar en cualquier tiempo, por sí o por medio de un representante la contabilidad de la sociedad, los libros de registro de socios y de actas y en general todos los documentos de la compañía."

Del mencionado artículo, se desprende que de dicha facultad puede hacerse uso por sí mismo o por medio de representante, en todo tiempo y que su objeto son los documentos de la compañía. Previsión que no encontraba restricción alguna, salvo las que apelaban a la sana lógica como lo concerniente a secretos de la compañía. Tal omisión legal vino a ser subsanada por el artículo 48 de la Ley 222 de 1995, que entre otros aportes, consagró como restricción para el derecho de inspección de los socios de cualquier tipo societario, los documentos que versen sobre secretos industriales o de aquella información que de ser divulgada pueda ser utilizada en detrimento de la sociedad; a la vez que señaló, como lugar para el ejercicio del derecho de fiscalización, las oficinas de la administración que funcionen en el domicilio principal de la sociedad.

Con este panorama es procedente hacer referencia ahora a cada una de los aspectos cuestionados:

**a) Cuál es el alcance que tiene para los socios de la sociedades de responsabilidad limitada el derecho de inspección?**

Como quedó dicho en cualquier tiempo, por sí mismo o por medio de representante el socio puede inspeccionar los libros y documentos de la compañía, salvo aquellos que versen sobre secretos industriales o de la información que pueda ser utilizada en detrimento de la sociedad.

De otra parte, si bien la obligación se circunscribe a la exhibición de los documentos para su análisis, puede ocurrir que durante el transcurso de la inspección el asociado esté interesado en obtener

fotocopias de algunos documentos, caso en el cual puede hacer la solicitud a los administradores, sin que tal pedimento constituya para ellos un imperativo para su cumplimiento; luego, queda a criterio del administrador, procurar o no la reproducción de documentos, en el entendido que su decisión está inspirada en el principio expresado en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, según el cual las actuaciones de los administradores se deben cumplir en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de los sus asociados.

**b) En ejercicio de ese derecho, pueden los socios solicitar cualquier tipo de información en forma ilimitada y si los administradores deben responder dentro de unos términos y condiciones perentorias?**

La única limitación que dentro de los papeles y documentos de la sociedad, encuentra el derecho de inspección, es el de la información que se refiera a secretos industriales y los datos cuya divulgación puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad. Ahora bien, en cuanto al término en el cual los administradores de una sociedad de responsabilidad limitada están en la obligación de dar respuesta a una solicitud que implique el ejercicio del derecho de inspección, debe entenderse que el término es el prudencial que indica una gestión eficiente y adecuada a la obligación de respetar los derechos de inspección de los socios.

**c) Los socios pueden solicitar se adecuen espacios para que personas ajenas a la sociedad y por ellos designados representen sus derechos y ejerzan funciones sobre las cuales no existe precisión sobre sus alcances?**

Tal como lo prescribe el artículo 369 del ordenamiento mercantil, los socios actúan con pleno derecho cuando acuden a un representante para el ejercicio de la facultad de fiscalización. Y ello es plenamente comprensible, porque el socio puede no tener los conocimientos periciales adecuados para una comprensión correcta de la situación financiera, administrativa o contable de la empresa, y en busca de una afortunada aproximación buscan apoyo en profesionales de una cualquiera de tales áreas para efectos de que le presenten un





panorama adecuado sobre el desenvolvimiento de la compañía de la cual es socio.

En consecuencia, este derecho puede ser ejercido en cualquier momento, en forma personal o a través de representante, sin que para que actúe éste último se requiera de formalismos especiales diferentes a la plena certeza de que actúa en tal calidad por parte del administrador.

En cuanto al alcance del derecho de inspección, se reitera que únicamente se sustrae de su ejercicio lo prescrito en el artículo 48 de la Ley 222 de 1995.

**d) Los socios de este tipo de sociedades pueden ingresar a los establecimientos comerciales de la sociedad, sin autorización previa, solicitar informes a los trabajadores, recorrer sus instalaciones e ingresar con terceros ajenos a la sociedad, o si en caso contrario, es posible negarle la entrada en estas condiciones a los socios, máxime cuando en dichos establecimientos no se encuentran las dependencias administrativas de la sociedad?**

El derecho de inspección debe ser ejercido por el asociado o su representante, exclusivamente en el lugar donde funcionen las oficinas de administración del domicilio principal de la sociedad, para que en el horario de oficina puedan acceder a la información respectiva, para ello los administradores sobre quienes directamente recaen el deber de garantizar el ejercicio de esta facultad deben procurarla y evitar cualquier obstáculo que la perturbe, lo anterior no quiere decir que sea obligación del administrador ni facultad de los socios la entrada sin restricción alguna a los establecimientos de comercio de la compañía sin que medie la respectiva autorización del órgano competente, ni por consiguiente requerir ningún tipo de información a los trabajadores distintos a las personas a cuyo cargo se hallen los libros y documentos de la misma.

**e) Para este tipo de sociedades rigen las restricciones señaladas en los arts. 48 de la Ley 222 de 1995 y 328 del código de Comercio, si se tiene en cuenta que los socios**

**que pretenden ejercer su derecho de inspección en las condiciones anotadas, explotan la misma actividad comercial a la que se dedica la sociedad que represento?**

Tal como quedó dicho, las limitaciones al derecho de inspección consagradas en el artículo 48 de la Ley 222 de 1995 se establecieron para todo tipo social, sin ninguna otra consideración. En cuanto al artículo 328 del C. Co., que niega el derecho de inspección a los socios comanditarios en el evento 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, es conveniente manifestar que como se trata de un derecho otorgado por la ley, su desconocimiento o negación únicamente procede permitirse por autoridad de la misma ley.

Así que, como la ley sólo consagró dicha prohibición para los socios comanditarios, no es posible por analogía hacerla extensiva a otro tipo social.

**f) El cumplimiento cabal de lo preceptuado en el art. 46 de la Ley 222 de 1995, no es suficiente garantía para los socios a su derecho de inspección?**

El artículo mencionado contiene una obligación para los administradores de someter a la aprobación del máximo órgano social los documentos que la norma relaciona, al final de cada ejercicio contable. Pero el derecho de inspección se extiende a dichos documentos y en general a todos los libros y comprobantes para que el socio pueda verificar los datos consignados en aquello que se somete a su aprobación.

Así que no es potestad del administrador limitar únicamente al informe de gestión, a los estados financieros de propósito general y sus notas, el proyecto de distribución de las utilidades, los informes del revisor fiscal o contador público independiente, el derecho de inspección de los socios, para los cuales únicamente se imponen las restricciones que señala la ley.(Oficio 220-22710 marzo 19 y 220-53443 mayo 31 de 1999)





# SOCIEDADES DE HECHO

## LA SOCIEDAD DE HECHO CARECE DE RAZÓN SOCIAL Y DE REPRESENTACIÓN LEGAL

Al tenor del artículo 98 del Código de Comercio, por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.

La sociedad, una vez constituida legalmente, esto es mediante escritura otorgada conforme al artículo 110 ibídem, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

Por su parte establecen los artículos 498 y siguientes del Código citado que la sociedad mercantil será de hecho, cuando no se constituya por escritura pública; como tal no es persona jurídica y por consiguiente los derechos que se adquieran y las obligaciones que se contraigan se entenderán a favor o a cargo de todos los socios de hecho; así mismo, las estipulaciones acordadas por los asociados solo producirán efectos entre ellos.

De las nociones anteriores se destacan varias características que corresponden a las sociedades de hecho, como entes que difieren de las sociedades regularmente constituidas, entre las cuales viene al caso citar las siguientes para los fines pertinentes:

A diferencia de la sociedad regular que se identifica con la razón o denominación social que corresponde a cada uno de los tipos de sociedad contemplados en el Código de Comercio, la de hecho como no es persona jurídica dado que los empresarios son todos los socios, no adopta un nombre comercial que está reservado para designar al empresario, sino una o más enseñas para identificar al establecimiento o establecimientos en los cuales desarrolla sus actividades.

Por consiguiente, se debe concluir que si la sociedad es de hecho, mal puede emplear una denominación que corresponda exclusivamente a una de las formas de asociación comercial dotada de personalidad jurídica, como es el caso de la sociedad anónima, cuando no ha sido adoptada la respectiva forma de manera que sea eficaz para regular las relaciones derivadas del contrato no solo entre los socios, sino también frente a terceros.

Y es que formada una sociedad, no basta que entre los socios ella adopte una de las formas previstas por la ley mercantil como sería la de responsabilidad limitada o anónima, pues frente a terceros no son oponibles las limitaciones de la responsabilidad que en esos tipos de sociedad tienen los socios, ni las demás reglas que para ellas rigen, como las relativas al objeto social o a las facultades de sus representantes legales, cuando se ha omitido el cumplimiento de las formalidades legales a que está sujeto el contrato del que emana la sociedad regular que es la característica que precisamente diferencia a las sociedades de hecho.

-Si bien es cierto que de acuerdo con el artículo 503 del Código citado, la administración de la empresa social se hará como acuerden válidamente los asociados, la sociedad de hecho carece de representante legal, puesto que al no gozar de personalidad jurídica no hay un sujeto de derecho apto para ser representado jurídicamente.

Por tanto, siendo solidaria e ilimitada la responsabilidad de todos y cada uno de socios por las operaciones celebradas, igualmente en ella todos los socios pueden demandar y ser demandados, sin perjuicio de que los terceros hagan valer sus derechos y cumplir sus obligaciones a cargo o en favor de todos los asociados de hecho o de cualquiera de ellos. (Oficio 220-32630 junio 9 de 1998)





## COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA RESPECTO DE LAS DISCREPANCIAS SOBRE LA OCURRENCIA DE LAS CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE LAS SOCIEDADES DE HECHO, A LA LUZ DEL ARTÍCULO 138 DE LA LEY 446 DE 1.998

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

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

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

Sobre este particular, esta Superintendencia ha expresado:

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

determina especialmente la responsabilidad que corresponde a los socios y la forma como opera esa responsabilidad por los negocios sociales al producirse la separación de patrimonios, propia de la personificación de la sociedad.

Del contenido de los artículos 110,167, 259 y 270 del Código de Comercio se desprende que una sociedad que no está constituida bajo los lineamientos legales de una sociedad anónima, la de responsabilidad limitada, la colectiva o la en comandita, que son las formas que admite nuestro Código, no estará legalmente constituida y por lo tanto no será una persona jurídica y sus existencia no será oponible a terceros como tal" (Oficio EX01680 del 23 de febrero de 1.981, publicado en Doctrinas y Conceptos Jurídicos 1.995. Superintendencia de Sociedades, página 454)

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

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

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

**3.-** Respecto a la inspección, vigilancia y control que ejerce esta entidad sobre las sociedades mercantiles, esta Superintendencia ha considerado que tales atribuciones no proceden respecto de las sociedades de hecho. En efecto, en el Oficio EX -01680 ya mencionado expresó:
"...Se trata, pues, esencial y exclusivamente de un control de la legalidad de la formación y del funcionamiento de las sociedades, en guarda de los intereses generales protegidos con las leyes y los decretos que regulan la celebración y ejecución de un contrato de sociedad ; lo mismo que de un control del cumplimiento de los estatutos, en guarda también de los intereses de los asociados comprometidos en el cumplimiento del contrato social, que, conforme al artículo 1602 del Código Civil, y como cualquiera otro contrato válidamente celebrado, constituye una ley para las partes.

Así las cosas, la sociedad de hecho no es sujeto de vigilancia estatal, toda vez que con éstas se busca fundamentalmente la protección de los terceros y de los mismos socios y el regular 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 la sociedad de hecho pues es entendido que no existe facultad constitucional para ejercerla, entre otras por las siguientes razones:

a) Es una sociedad de la cual puede decirse que existe dentro del ámbito contractual si en su formación se han observado los requisitos de su esencia, es decir, los señalados en el artículo 98 ibídem, pero no está contemplada dentro de las formas regulares de sociedad, pues la escritura pública( que no existe en la sociedad

de hecho) está destinada a cumplir dos funciones de esencial importancia, cuales son, la de dar autenticidad al contrato social y la de tipificar la sociedad en esta forma auténtica.

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

b) Por no constituirse legalmente, la sociedad no forma una persona jurídica independiente de los socios individualmente considerados. Y es precisamente esta la razón por lo cual la sociedad no puede ser sujeto de las obligaciones que impone la vigilancia del Estado, entre otras, enviar oportunamente los balances y estados de pérdidas y ganancias, etc. A tal punto no es sujeto de obligaciones, mas sí sus socios, ya que la matricula no obliga a la sociedad de hecho sino a los asociados, como lo establece el último párrafo del artículo 31 del citado Código.

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

**4.-** La sociedad de hecho por disposición legal está permanentemente expuesta a la declaratoria de disolución, pues de conformidad con el mandato contenido en el artículo 505 del estatuto mercantil, los socios podrán en cualquier tiempo pedir que





se haga la liquidación de la sociedad y que se liquide y pague su participación en ella, lo cual corresponde a una medida de salvaguarda en su favor, pues no se les puede obligar a permanecer en una sociedad gravosa para ellos, habida consideración de la responsabilidad solidaria e ilimitada que les incumbe, así como por la especial afectación de los bienes comprometidos en desarrollo de la actividad social a favor de terceros acreedores.

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

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

Teniendo en cuenta lo ya expresado en el sentido que la sociedad de hecho no está sujeta a la inspección y vigilancia del estado, esta superintendencia no tiene la potestad de decretar la disolución como acontece con las sociedades sujetas a su vigilancia, por lo cual se concluye sin mayor dificultad que la declaratoria de disolución de una sociedad de hecho corresponde a la justicia ordinaria.

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

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

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

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

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

**Con base en lo expuesto, se puede afirmar que la nueva función asignada a la Superintendencia de Sociedades en el artículo 138 de la Ley 446, respecto a dirimir las discrepancias sobre la ocurrencia de las causales de disolución no procede respecto de las sociedades de hecho.** (Oficio 220-64645 octubre 9 de 1998).





# SOCIEDADES CIVILES

## ALCANCE DE LA UNIFICACIÓN DEL RÉGIMEN MERCANTIL A LAS SOCIEDADES CIVILES

### 1. LAS SOCIEDADES CIVILES SIGUEN EXISTIENDO.

A juicio de este Despacho, con la modificación introducida por la disposición consagrada en el artículo 1º de la Ley 222 de 1995, puede afirmarse que las sociedades civiles no desaparecieron y que por lo tanto continúan existiendo como especie de compañías, afirmación que tiene sustento en los siguientes argumentos :

**1.1 Los criterios de mercantilidad no fueron modificados por la ley 222.**

Los criterios que determinan la mercantilidad previstos en los artículos 20 y siguientes del estatuto mercantil se encuentran vigentes, toda vez que la ley 222 no introdujo modificaciones al respecto.

La ley 222 se ocupó de regular lo atinente al régimen de sociedades y de procesos concursales, razón por la cual no puede sostenerse que modificó disposiciones de la parte general del estatuto mercantil, las cuales se reitera e insiste tienen plena aplicación pues no han sido derogadas.

**1.2 El objeto social determina la naturaleza de la sociedad.**

Es claro que si una sociedad contempla dentro de su objeto actividades que tienen la condición de mercantiles, tendrá en consecuencia la condición de mercantil y por ende de comerciante; circunstancia a partir de la cual se deriva el cumplimiento de los deberes que dicha condición le impone.

Ahora bien, cuando las operaciones contempladas en el objeto social no tengan el calificativo de mercantiles, la sociedad tendrá la condición de sociedad civil.

Puede suceder también que en el objeto social se contemplen actividades que tienen la condición de mercantiles y de civiles, evento en el cual la sociedad tendrá la condición de mercantil.

### 1.3 Análisis Histórico de la ley 222 de 1.995.

El proyecto de ley 119 de 1.993 establecía en su artículo 4o. :

"SOCIEDAD COMERCIAL Y AMBITO DE APLICACIÓN DE ESTA LEY (MODIFICADO). (100). Se tendrán como comerciales, para todos los efectos legales, la sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles. Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial.

Todas las sociedades, *cualquiera que sea su objeto se regirán por las disposiciones previstas en esta ley*,"

A diferencia del texto final, es claro que la propuesta inicial hacía expresa mención a la existencia de sociedades mercantiles únicamente.

En la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes se lee :

"Artículo 1o. SOCIEDAD COMERCIAL Y AMBITO DE APLICACIÓN DE ESTA LEY. El inciso segundo del artículo 100 del Código de Comercio, quedará así :

Sin embargo, las sociedades, cualquiera que sea su objeto, estarán sujetas para todos los efectos, a la legislación mercantil."

En relación al cambio adoptado frente a la propuesta inicial, el Congreso expresó :

"Con base en la consideración de que el derecho mercantil, dada su extensión y los asuntos en él comprendidos, ha originado la dificultad para establecer cuando una actividad es de naturaleza civil exclusivamente, se propuso en el proyecto la unificación de





tales legislaciones, planteando simplemente que toda sociedad sería de naturaleza comercial. **Compartimos la apreciación según la cual es necesario eliminar esa dualidad de regímenes, pero para ello no se hace menester unificar la naturaleza de estas sociedades, sino que igual propósito se logra previendo que para todos los efectos, todas las sociedades estén sujetas a la legislación comercial, lo que a nuestro modo de ver significará que todas ellas, que continuarán siendo civiles o mercantiles según la actividad principal que se prevea en su objeto social, serán objeto de la legislación mercantil y por lo tanto, estarán sujetas a las obligaciones que la misma impone a todas ellas," (Gaceta del Congreso No. 61, abril 25 de 1.995, pág. 4, Negrillas fuera de texto)**

Este pensamiento se mantuvo incólume tanto en la ponencia para primer debate en el Senado de la República, como en la ponencia para segundo debate en la Plenaria del Senado, en esta de manera clara se expresó :

"a) Unificación de la Sociedad Civil y Comercial.

Se establece que las sociedades civiles se sujeten para todos los efectos, a la legislación mercantil con lo cual se pretende una aproximación a la unificación de la legislación civil y comercial que en materia de sociedades se había iniciado en el Código de Comercio de 1971, cuando se previó para las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada, un régimen uniforme ;" (Gaceta del Congreso No. 143, 12 de junio de 1.995, pág.2)

### 1.4 Interpretación Literal

Además de los planteamientos expuestos atrás, el inciso final del artículo 1o. de la ley 222 es de una claridad meridiana cuando admite de manera expresa la existencia de las sociedades civiles. En efecto, el mencionado aparte reza : "Las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles, serán civiles."

En este aspecto debe recurrirse al mandato contenido en el artículo 27 del Código Civil, según el cual cuando el sentido de la ley sea

claro no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu.

### 1.5 Interpretación Jurisprudencial

Dado el carácter de fuente formal que tienen los fallos de la Corte Constitucional, tal como el máximo Tribunal de manera incisiva y reiterativa lo ha expresado, necesariamente el Despacho debe tomar en cuenta lo manifestado al resolver acerca de la constitucionalidad del artículo 1o. de la ley 222 de 1.995, cuando señaló:

"

(...)

En efecto, esto fue lo que hizo. En esencia, se unificó la regulación del contrato de sociedad, que soporta tanto a las sociedades comerciales como a las civiles. **De ninguna manera se suprimieron estas últimas. Como lo expresa el artículo 1o. de la citada ley, "las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles, serán civiles".** (Sentencia C-435 de 1.996 Magistrados Ponentes Dres. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ y JOS GREGORIO HERNANDEZ GALINDO. Negrillas fuera de texto).

## 2. ALCANCE DE LA UNIFICACION DEL REGIMEN

Para esta Superintendencia es claro que las sociedades civiles no son mercantiles, no obstante lo cual, deberán cumplir los deberes de los comerciantes, afirmación que tiene sustento en los siguientes planteamientos :

### 2.1 Análisis Histórico de la aplicación de disposiciones mercantiles a las sociedades civiles.

En este estudio resulta especialmente valioso el recuento del pensamiento del legislador en relación con la aplicación de las disposiciones de la ley mercantil a la sociedad civil.





El artículo 2085 del Código Civil establecía que la sociedad podía ser civil o mercantil, según se formara la realización de actos de carácter comercial.

Por su parte, el artículo 2086 del mencionado estatuto permitía de manera expresa que la sociedad civil que se contraía se sujetara a las reglas de la sociedad comercial, permitiendo en consecuencia a los asociados sustraerse de la legislación civil y acogiéndose a la legislación mercantil.

De otra parte, el artículo 2090 ibídem establecía que las sociedades anónimas se sujetarán a las mismas reglas de las sociedades comerciales anónimas, reglas que no desconocía el carácter civil de aquellas.

Dentro de la misma línea de pensamiento el artículo 100 del Código de Comercio en la versión de 1.971, preceptuaba que las sociedades por acciones (acepción esta que comprendía a las sociedades anónimas como a las sociedades en comandita por acciones) y las sociedades de responsabilidad limitada se regirían por las normas de las compañías comerciales.

En resumen, del recuento legislativo anterior se llega a la conclusión que el artículo 1o. tantas veces mencionado, simplemente recoge una tendencia legislativa que venía desde hace más de un siglo.

### 2.2 Remisión de carácter integral.

A diferencia de las disposiciones del Código de Comercio en la versión de 1.971, según la cual las remisiones para las sociedades de responsabilidad limitada y por acciones únicamente tenía por objeto "las normas de las compañías comerciales ", el artículo 1o. es mucho más amplio, pues la remisión se refiere a la "legislación mercantil", razón por la cual no pueden establecerse restricciones que la ley no consagró.

### 2.3 Interpretación Literal

Según las voces del mandato contenido en el artículo 27 del Código Civil, cuando el sentido de la ley sea claro no se desatenderá su

tenor literal so pretexto de consultar su espíritu, criterio que aplicado al caso materia de estudio, nos permite afirmar categóricamente que en razón de la unificación de la legislación, las sociedades civiles estarán sujetas para todos los efectos legales a las disposiciones mercantiles que regulan las sociedades comerciales.

En consecuencia, si el legislador no estableció salvedades, excepciones o restricciones a la regla anterior, no le es permitido al intérprete efectuar distinciones que la ley no ha hecho, según la máxima de hermeneútica según la cual "Donde la ley no distingue, no le es dable al intérprete hacerlo".

**2.4 Unificación de la Legislación.**

Tal como atrás se expresó una de las finalidades de la ley 222 de 1.995, era iniciar el proceso de unificación del derecho privado colombiano. Prueba de este aserto, es la unificación en materia de procesos concursales y en materia de sociedades.

En relación a este aspecto la Corte Constitucional en la Sentencia atrás mencionada expresó :

"En realidad, al proponerse el legislador de 1995 la modificación del Libro II del Código de Comercio, no buscó de manera exclusiva dictar nuevas normas sobre las sociedades mercantiles, ni establecer únicamente reglas de Derecho Comercial, sino que quiso penetrar en el contenido del conjunto normativo seleccionado con el objeto de plasmar allí la nueva política del Estado en materia de sociedades, por lo cual era inevitable que tocara tanto el régimen de las mercantiles como el de las civiles.

Para la Corte es claro que, al disponer el régimen de las sociedades comerciales para todas las compañías, mercantiles o civiles, independientemente de su objeto, el Congreso no rompió la unidad de materia dentro de la ley- como podría parecer a primera vista- sino que, por el contrario, al integrar las reglas aplicables a órganos, estructura, funcionamiento, reformas, disolución y liquidación de sociedades en uno solo, cumplió a cabalidad el mandato constitucional que le ordenaba que todas las disposiciones de la





ley dictada debían referirse a una misma materia (artículo 158 C.P.)" (Ibídem, pág 12)

Como prueba del pensamiento del legislador, resulta valioso traer a colación lo expresado en los trámites de la ley :

**"Compartimos la apreciación según la cual es necesario eliminar esa dualidad de regímenes, pero para ello no se hace menester unificar la naturaleza de estas sociedades, sino que igual propósito se logra previendo que para todos los efectos, todas las sociedades que estén sujetas a la legislación comercial, lo que a nuestro modo de ver significará que todas ellas, que continuarán siendo civiles o mercantiles según la actividad principal que se prevea en su objeto social, serán objeto de la legislación mercantil y por lo tanto, estarán sujetas a las obligaciones que la misma impone a todas ellas," (Gaceta del Congreso No. 61, abril 25 de 1.995, pág. 4, Negrillas fuera de texto)**

**Finalmente en este tópico, debe el Despacho expresar que no tendría sentido establecer salvedades a la unificación, cuando es claro que tal proceder sería abiertamente contrario a la finalidad de unificación que inspiró la creación de la ley 222, presentándose una ruptura en el ejercicio hermeneútico, pues de ser así las sociedades de carácter civil se sujetarían a unas reglas y a otras no, situación que confiada al intérprete constituye una puerta de inseguridad, pues para algunos estaría sujeta al cumplimiento de ciertos deberes y para otros no, restándole la certeza que le es inherente a las reglas de derecho.**

**2.5 Interpretación Jurisprudencial**

En relación con la aplicación a las disposiciones de la ley mercantil a las sociedades civiles en virtud de la unificación que se estudia, la Corte Constitucional en la Sentencia atrás mencionada expresó :

**"En modo alguno puede sostenerse que el legislador, al hacer extensivo el régimen de las sociedades mercantiles,**

**cobijando dentro de él a las civiles, haya roto el principio constitucional de la igualdad, pues de ello no se infiere discriminación entre las personas, justamente en cuanto todas aquéllas que constituyan sociedades, de una u otra naturaleza, sabrán a qué reglas atenerse en lo relativo al orden jurídico que las rige.**

(...)

**Así pues, que el legislador aumente las cargas o los deberes de un cierto tipo de sociedades que antes no los tenían, no desconoce el principio de igualdad mientras los imponga sin preferencias ni cláusulas peyorativas.**

Por el contrario, al equiparar los regímenes de todas las compañías, la ley propugna precisamente la igualdad.

**Y es que el hecho de que unas sociedades tenga por objeto la ejecución de actos civiles y otras la actividad comercial no es criterio que justifique eximir a las primeras de obligaciones consagradas para las segundas (como la de llevar libros de contabilidad), ya que, si son sociedades y no asociaciones (como parece entenderlo la accionantes cuando se refiere a los hospitales), tienen un elemento común -el ánimo de lucro-, en el cual puede fijarse el legislador, dentro de sus nuevos criterios, para señalar regulaciones más exigentes que faciliten la inspección, la vigilancia y la intervención estatales en la actividad particular."** (págs 13 y siguientes. Negrillas por fuera de texto).

**Teniendo en cuenta que a pesar de la unificación del régimen, las sociedades civiles no tienen la condición de comerciantes, no pueden éstas ser sujetos de inspección, vigilancia y control del Estado a través de la Superintendencia de Sociedades.**

**En efecto, el numeral 24 del artículo 189 de la Constitución Política, es claro al establecer que la inspección, vigilancia y control que ejerce el Presidente de la República recae**





**únicamente sobre las sociedades mercantiles; luego admitir que aquellas pudiesen estar vigiladas implicaría la violación del precepto constitucional.** (artículo 90 ley 222 de 1995) Oficio 220-66579 diciembre 3 de 1997).

## COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES FRENTE A LAS SOCIEDADES DE CARÁCTER CIVIL

El Presidente de la República, en voces del artículo 189 numeral 24 de la Carta Política, ejerce, de acuerdo con la ley , la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, asegurador y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercatiles. (subraya nuestra).

En desarrollo de tal precepto, la máxima autoridad administrativa ejerce por conducto de este ente, las funciones señaladas en los términos estqablecidos en las normas vigentes respecto de las sociedades comerciales, así como las facultades que le señala la ley en relación con otras personas jurídicas o naturales (arts. 82 inciso 1º y s.s. de Ley 222 de 1995 y 1º. Del Decreto 1080 de 1996)

En ejercicio de la función de inspección esta entidad puede solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional, y en la forma, detalle y términos que determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa de cualquier sociedad comercial no vigilada por la Superintendencia Bancaria o sobre operaciones específicas de la misma. Puede inclusive practicar investigaciones administrativas. (Art. 83 Ley 222 de 1995).

Por su parte, el artículo 84 ibidem, establece que la vigilancia consiste en la atribución que tiene esta superintendencia para que las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos. La vigilancia se ejerce en forma permanente.

El control consiste en la atribución para ordenar correctivos para subsanar situaciones críticas de carácter jurídico, contable, económico o administrativa, cuando se trate de sociedades no vigiladas por otra Superintendencia (Art. 85 Ley 222 de 1995).

En consecuencia, la función administrativa que adelanta esta Entidad es reglada, y se encamina a lograr una cumplida ejecución de las normas que gobiernan la formación, funcionamiento y objeto social de las sociedades mercantiles no vigiladas por otras Superintendencias para que se ajusten a la ley y a los estatutos.

Por su parte, la Ley 222 de 1995, en su artículo 1, modificatorio del artículo 100 del Código de Comercio unificó el régimen de las sociedades civiles y comerciales, pero conservando la distinción en cuanto al objeto al que se dediquen, lo que implica que las sociedades civiles se deben ajustar para todos los efectos a la legislación mercantil, con lo cual se pretende una aproximación a la unificación de la legislación civil y comercial que en materia de sociedades se había iniciado en el Código de Comercio de 1971, cuando se previó para las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada, un régimen uniforme. (Gaceta del Congreso No. 143, 12 de junio de 1995, pag 2).

Sobre el particular, la Corte Constitucional en la Sentencia C-435 de 1996 expresó: "En realidad, al proponerse el legislador de 1995 la modificación del Libro II del Código de Comercio, no buscó de manera exclusiva dictar nuevas normas sobre las sociedades mercantiles, ni establecer únicamente reglas de Derecho Comercial, sino que quiso penetrar en el contenido del conjunto normativo seleccionado con el objeto de plasmar allí la nueva política del Estado en materia de sociedades, por lo cual era inevitable que tocara tanto el régimen de las mercantiles como el de las civiles".

Como se aprecia, la Superintendencia de Sociedades carece de competencia para someter a una sociedad de carácter civil a su inspección, vigilancia y control, pues en tal evento se estaría desconociendo el Estatuto Superior.





Es más, y a fuerza de ser reiterativos, la misma Ley 222, en concordancia con el Decreto 1080 de 1996, establecen la competencia de esta autoridad pero única y exclusivamente sobre las sociedades comerciales.

En el evento, en el cual entraría a operar la Superintendencia sobre esta clase de compañías, es frente al trámite concordatario y la liquidación obligatoria, al decir el legislador del 95 que esta autoridad asume la función jurisdiccional en uso de la facultad concedida por el artículo 116 inciso 3º de la Carta Política, para conocer en forma privativa de los procesos concursales de todas las sociedades, circunstancia ésta a la cual no escapan las sociedades civiles. (Oficio 220-15431 abril 13 de 1998),

# SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA

## LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA EN LA NUEVA LEGISLACIÓN- ARTÍCULO 97 DE LA LEY 489 DE 1998

Para el presente caso se impone el deber de recurrir a la hermenéutica jurídica a efectos de aproximarnos a esclarecer qué quiso decir el legislador y qué consecuencias jurídicas de su voluntad se derivan, pues deben mirarse los fines propuestos por el artículo 97 de la Ley 489 de 1.998, el que en nuestro parecer es un concepto de institución, o lo que es lo mismo un supuesto de hecho.

Para empezar, el artículo 27 del Código Civil enseña que cuando el sentido literal de una ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu, significando que la ley tiene carácter imperativo cuando su texto es claro y preciso, es decir, cuando no presenta equívoco alguno en su interpretación.

**Entrando en materia, mientras el inciso primero del artículo 97 define las sociedades de economía mixta, el inciso segundo dispone: *"Para que una sociedad comercial pueda ser calificada como de economía mixta es necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales, de entidades descentralizadas y de empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta no sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital social, efectivamente suscrito y pagado".* (Negrilla extratextual).**

1) En este orden de ideas, el legislador de 1.998 trajo desde el inicio del proyecto la idea firme de cambiar lo concebido en la reforma administrativa de 1.968, la cual dio nacimiento a los Decretos Leyes 1050, que dictó normas generales para la reorganización y funcionamiento de la Administración Nacional, y 3130 del mismo año que buscó lograr una mejor





orientación, coordinación y control de las entidades descentralizadas del orden nacional, sin perjuicio de su propia autonomía, en desarrollo de las facultades conferidas al Presidente de la República por la Ley 65 de 1.967; y el Decreto 130 de 1.976, precisamente por la evolución de las instituciones y más exactamente por los cambios introducidos en la Constitución de 1.991, todo tendiente a responder a las necesidades de la sociedad colombiana en su conjunto y a la función administrativa.

Dijo en esta oportunidad el legislador"..., *el proyecto una vez convertido en ley de la República, servirá principalmente para determinar la estructura y definir los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la Administración Nacional y de esa manera, no solo actualizar los viejos y desuetos conjuntos normativos contenidos en los Decretos 1050 y 3130 de 1.968, sino, desarrollar el nuevo esquema de organización administrativa que requiere un Estado moderno, al cual le corresponderá asumir los retos del nuevo milenio...".*

**Así, en ponencia presentada para primer debate en la Cámara Baja del Congreso de la República se estableció: *"Respecto de las sociedades de economía mixta, de las cuales trata el capítulo decimocuarto, se fija un porcentaje de capital social efectivamente suscrito y pagado para que sean consideradas como tales y se dan orientaciones con el fin de asegurar una mayor transparencia en las actividades económicas conjuntas".* (Gacetas del Congreso 491 y 527 de noviembre 25 y 12 de diciembre de 1.997, respectivamente).**

Otro de los considerandos por parte del legislador y previstos por las normas derogadas expresamente por la Ley 489, es el mantenimiento de dichas sociedades por fuera de la rama ejecutiva del poder público, en claro acatamiento a lo dispuesto por el último inciso del artículo 115 superior cuando advierte que las Gobernaciones y Alcaldías (en el nivel territorial); las Superintendencias, los Establecimientos Públicos y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (en el sector central o descentralizado por servicios, diferencia para las superintendencias),

forman parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público. Nótese como el legislador mantiene lo señalado por el constituyente al desligar las Sociedades de Economía Mixta de la estructura de la administración nacional, pero conserva lo dispuesto por la Carta Política en los artículos 150 (7), 300 (7) y 313 (6), al atribuirle al Congreso, Asambleas y Concejos la constitución de estas sociedades en su respectivo nivel, manteniéndose así la estructura del Estado colombiano indicada en el capítulo 5, Título V y la organización territorial, de entidades y regulación del Título XI de la Carta Política.

Igualmente debe acotarse que estos tipos de agrupación se encuentran sujetos al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado cuando los aportes fiscales sean iguales o superiores al 90% del capital social.

El cambio de la expresión "*aportes estatales",* por la de *"aportes fiscales"* consignado en el artículo 100 de la Ley varias veces citada, tuvo como propósito que las inversiones con aportes parafiscales no quedaran cobijadas por las disposiciones relativas a los aportes oficiales.

Por lo anotado, el artículo 121 de la ley deroga expresamente las disposiciones contrarias, y en forma especial los Decretos – leyes 1050 y 3130 de 1.968 y 130 de 1.976.

**2) Con base en lo precedente, se señalan como características de las sociedades de Economía Mixta:**

a) Son de creación o autorización legal, amén de que surgen del contrato de sociedad. Hecha por el legislador esta concreción, debe dejarse en claro que se mantiene la regla según la cual para la constitución de una sociedad de economía mixta debe mediar autorización legal, y establecerse su carácter de nacional, departamental, distrital o municipal, así como su vinculación a los distintos organismos para ejercer sobre ella control, lo que implica una concatenación concreta de normas dirigidas a un mismo objetivo, cual es la tutela de las sociedades en las que existen aportes estatales.





b) Tienen el carácter de sociedades comerciales,
c) Cumplen actividades industriales o comerciales,
d) El capital está integrado por aportes del Estado y de los particulares,
e) Están definidas las condiciones en las cuales participa el Estado,
f) Determinación de la vinculación a los distintos organismos para efectos del control que habrá de ejercerse sobre ella,
g) La participación estatal no puede ser inferior al cincuenta (50%) por ciento, (subrayado)
h) Cuando el aporte de la Nación es inferior al 90% del capital social, la sociedad queda sometida a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones consagradas por la ley, y cuando dicho porcentaje es mayor al indicado, se sujetan a las normas previstas para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, sin dejar por ese hecho de ser sociedades que en ocasiones encuentran excepciones reguladas por el derecho público, en razón de la participación estatal.

De otra parte las sociedades de economía mixta en su régimen se encuentran esencialmente en el ámbito privado, con excepciones reguladas por el derecho público en razón de la participación estatal. No puede olvidarse que estas agrupaciones surgen del contrato social al cual ha de concurrir la voluntad oficial a través de las entidades públicas participantes, y la del sector privado. Además y tal como se ha señalado, tienen la estructura señalada por el Código de Comercio, es decir que dependiendo del tipo social escogido, las correspondientes normas de aplicación son las que la gobiernan, de donde resulta de guisa concluir que como se encuentran sujetas al derecho mercantil, con las limitaciones expresadas en la Constitución y la ley, su formación debe concretarse no solo con la ley misma, sino igualmente con el contrato de sociedad, como generador de aquella.

**Resumiendo, como quiera que la ley debe ser entendida en sentido formal, pues es ley por su origen y contenido, no siendo por tanto general y abstracta, sino particular y concreta, para determinar el carácter de una sociedad de**

**"Economía Mixta" al hecho de concurrir la participación del capital estatal mínimo en un 50%, se suma la necesidad de existir una ley, ordenanza o acuerdo que haya autorizado su creación, acto que debe contener además de las condiciones de participación, 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 como las condiciones de participación del Estado.**

Respecto a los aportes, el artículo 83 del Decreto 2649 de 1993 establece que el capital del ente económico representa los aportes hechos en dinero, en industria o especie, con el ánimo de proveer recursos para la actividad empresarial y garantía para los acreedores. Se suma la obligación de su registro en la fecha en la que se otorga el documento de constitución o de reforma, o se perfecciona el compromiso de efectuar el aporte en las respectivas cuentas, bien por el monto proyectado, comprometido y pagado según el caso.

3) Ley 80 de 1993.

El estatuto de la contratación por parte de las entidades del Estado se encuentra basado en el interés general y cuidado de los recursos públicos, con influencia del principio de la autonomía de la voluntad, y como fundamento legal lo dispuesto en el inciso final del artículo 150 de la Constitución Nacional.

La ley en comento no contiene más pronunciamiento sobre esta clase de sociedades que la determinada por el artículo primero, y expresa que las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga una participación superior al (50%), son entidades estatales y por tanto se encuentran sometidas a la reglamentación allí estatuida.

a) Frente a la normatividad legal que rige para la constitución y funcionamiento de los consorcios empresariales y las uniones temporales, digamos que la misma se basa en el hecho de que la actividad económica y la iniciativa privada en este país son libres, siempre y cuando se encuentren dentro de los límites del





bien común, pues la empresa, como base de desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, en donde el Estado debe fortalecer las organizaciones solidarias y estimular el desarrollo empresarial, o en otras palabras debe impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica, evitando y controlando cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

No obstante, dicha libertad no es absoluta, pues la ley puede delimitar el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación. Así por ejemplo el artículo 6o. del citado ordenamiento señaló: *"Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales*

*Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deben acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un (1) año más".*

El mismo estatuto se encarga de definir a través del artículo 7º. al consorcio y la unión temporal así: Consorcio es *aquel en el cual dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo en forma solidaria de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y el contrato.* Unión temporal es "*aquella en la cual dos o más personas conjuntamente presentan una misma propuesta de adjudicación, celebración o ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, en donde el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se imponen de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de esa unión temporal".*

El consorcio y las uniones temporales no forman una persona jurídica diferente de sus asociados. 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.

**Se desprende de esto último que las uniones temporales y los consorcios se encuentran concebidos para los fines preestablecidos por la Ley 80. Además, el hecho de pretender formar parte de una sociedad, de economía mixta, sin lugar a dudas diluiría la responsabilidad pues allí ésta se encontraría en cabeza de cada uno de los integrantes de esas agrupaciones de que habla la Ley 80 y no del consorcio o unión temporal, a pesar que la ley permite estipulaciones que impliquen un mayor compromiso, prestaciones accesorias o garantías suplementarias, las que una vez pactadas se tornan obligatorias, distintas e independientes.** (Oficio 220-78235 agosto 19 de 1999).

*La corte constitucional mediante sentencia c-953/99 declaro inaxequible el inciso 2º. del artículo 97 de la Ley 489 de 1998*

## ENAJENACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN ACCIONARIA POR PARTE DEL ESTADO

Si bien el régimen consagrado en el Código de Comercio permite dentro del ejercicio de la voluntad privada, convenir libremente aquellas estipulaciones que sean convenientes a los intereses de los contratantes, tal libertad se encuentra limitada, en el caso de las sociedades comerciales, a lo establecido por las normas imperantes, e igualmente a los convenios que sean compatibles con la índole de cada tipo societario.

En este orden de ideas, se hace necesario traer al texto las normas que gobiernan la propiedad accionaria cuando quiera que hay en el capital participación del Estado, a efectos de hacerla comparativa con las normas mercantiles y de esta manera llegar a una conclusión:

### LEY 226 DE 1.995

Esta ley, desarrollo del artículo 60 de la Carta Política, se encuentra dirigida a cualquier empresa en la que el Estado sea propietario de acciones, y procura que en la enajenación total o parcial que





aquel haga de esos títulos o de bonos obligatoriamente convertibles en acciones en favor de los particulares, se consulten los fines de la democratización para lo cual consagra una oferta preferencial dirigida no solo a los trabajadores activos, ex trabajadores y pensionados de la Entidad objeto de privatización y de las entidades donde ésta tenga participación mayoritaria, sino también a las asociaciones, los empleados o ex empleados del ente que se privatiza; sindicatos de trabajadores, federaciones de sindicatos de trabajadores; los fondos de empleados; los fondos mutuos de inversión; los fondos de cesantías y de pensiones y las entidades cooperativas definidas por la legislación cooperativa (artículo 3º. Ibidem).

En resumen, son beneficiarios preferenciales los trabajadores, las organizaciones solidarias y de trabajadores.

Bajo el imperio de esta ley, la titularidad de la participación estatal se encuentra determinada por el hecho de que las acciones o participaciones sociales radiquen en cabeza de los órganos públicos o de las personas jurídicas de la cual éstos hagan parte, o porque hayan sido adquiridas con recursos públicos o del Tesoro Nacional.

La ley garantiza, para el efecto, unas condiciones y mecanismos especiales para los sectores ya anotados, tendientes a allanar el camino para que esa participación estatal se haga conforme a lo señalado por la norma superior ya referida, los cuales se encuentran circunscritos a una amplia publicidad, libre concurrencia, operaciones de martillo conforme a los reglamentos de funcionamiento de las bolsas de valores y las reglas para su operación fijadas por la Superintendencia de Valores, cuando a ello hubiere lugar.

No obstante, debe considerarse que en esa enajenación habrán de cumplirse unos pasos previos, entre los cuales se destacan además de la forma y condiciones de pago del precio de las acciones, del ofrecimiento de la totalidad de las mismas, un precio mínimo nunca inferior a las condiciones especiales previamente determinadas.

Igualmente la ley tomó medidas necesarias para garantizar la democratización de la propiedad accionaria, y es así como los artículos 14 y 15 al texto manifiestan:

*"**ARTÍCULO 14**.- El programa de enajenación que para cada caso expide el gobierno, dispondrá las medidas correspondientes para evitar las conductas que atenten contra los principios generales de esta Ley. Estas medidas podrán incluir la limitación de la negociabilidad de las acciones, a los destinatarios de condiciones especiales, hasta por dos (2) años a partir de la fecha de la enajenación; en caso de producirse la enajenación de dichas acciones antes de dicho plazo se impondrán multas graduales de acuerdo con el tiempo transcurrido entre la adquisición de las acciones y el momento de la enajenación; dichas situaciones se plasmarán en el programa de enajenación.*

**Sin perjuicio de las disposiciones penales que le sean aplicables, si en cualquier momento se determina que la adquisición se realizó en contravención a estas disposiciones o a las que reglamente en cada caso en particular sobre el beneficiario o adquirente real, el negocio será ineficaz.**

**Sin perjuicio de las limitaciones que se puedan imponer a los destinatarios de las condiciones especiales, los cargos del nivel directivo de la entidad en el proceso de privatización, sólo podrán adquirir acciones por un valor máximo de cinco (5) veces su remuneración anual.**

**ARTÍCULO 15.-** La nulidad absoluta de los contratos de compraventa de acciones de entidades estatales sólo podrá ser alegada por las partes contratantes o por el Ministerio Público. La nulidad relativa sólo la podrá alegar aquél en cuyo favor está establecida.

(...)".

Teniendo los anteriores antecedentes, podemos concluir:





**1) Cualquiera sea la naturaleza de la sociedad, debe tenerse en cuenta que la enajenación de la participación accionaria del Estado debe regirse inicialmente por lo dispuesto en la Ley 226, pero adoptándola a la organización y condiciones de cada una de ellas.**

**2) Si bien los estatutos son ley para las partes, los mismos no pueden estar por encima de la normatividad que rige cada caso específico, razón por la cual fuerza concluir si los estatutos de la sociedad respectiva estipularen el derecho de preferencia en la enajenación de acciones, en favor de los accionistas particulares debe inicialmente cumplirse con el mandato de la Ley 226, y si agotado en integridad el mismo, todas o algunas de las acciones no son enajenadas, proceder a venderlas aplicando lo relativo al derecho de preferencia estatuido a favor de las demás entidades de derecho público, sean socias o no, en los términos del artículo 2º del Decreto 1958 de 1993, de manera que si al cabo de las etapas para ese fin previstas no hubieren sido adquiridas, ahí si, puedan ser ofrecidas a terceros, con sujeción a lo previsto en los estatutos.**

Por tanto si éstos consagran el derecho de preferencia en favor de los socios particulares, a ellos habrá de dárseles la prelación que corresponda, en la medida en que las entidades públicas no hubieren ejercitado oportunamente el derecho de adquirirlas.

3) No debe olvidarse que cuando una persona adquiere una acción, se somete a las estipulaciones que rigen para la sociedad y adquiere por ello unos derechos que le son inherentes, como son el derecho al dividendo; derecho a la cuota de liquidación; derecho de preferencia a suscribir nuevas acciones; derecho de vender sus acciones en las condiciones para ese fin establecidas, derecho de inspección; derecho de impugnar las decisiones; derecho a participar en todas las reuniones y derecho al voto.

4.) Por último, no quiere dejar pasar esta oficina el hecho de que las regulaciones contenidas en la Ley 226, no exoneran el cumplimiento del artículo 404 del C de Cío, el cual señala:

*"Los administradores de la sociedad no podrán ni por sí ni por interpuesta persona, enajenar o adquirir acciones de la misma sociedad mientras estén en ejercicio de sus cargos, sino cuando se trate de operaciones ajenas a motivos de especulación y con autorización de la Junta Directiva, otorgada con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, excluido el del solicitante, o de la asamblea general, con el voto favorable de la mayoría ordinaria prevista en los estatutos, excluido el del solicitante".*

Lo precedente tiene una connotación especial y por tanto debe aplicarse de preferencia sobre lo dispuesto en la Ley 226 por dos situaciones claramente identificables: a) la persona posee una doble calidad: trabajador y administrador, y b) Es norma imperativa que no distingue la forma de enajenación o adquisición de acciones. (Oficio 220-25834 de abril 6 de 1999)





# SUCURSALES

## FACULTADES DEL MANDATARIO DE LA SUCURSAL

**En virtud de lo dispuesto en el artículo 263 del Código de Comercio las sucursales son *"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, en los términos del artículo 471 ibidem, la sucursal se convierte así en una prolongación de la compañía extranjera, a través de la cual actúa la casa matriz, titular de la personería jurídica, pues la sucursal no tiene una personificación nueva y distinta de la sociedad, y por ende carece de autonomía para actuar.

En consecuencia, cualquier estipulación en contravención del numeral 5º , artículo 472 del Código de Comercio, debe abolirse, dado que no pueden existir restricciones que le impidan al mandatario obrar como representante de la casa matriz por cuanto al ser la sucursal una prolongación de aquella, el mandatario elegido para representar a la sociedad en todos los negocios que se proponga desarrollar en el país, tiene la personería judicial y extrajudicial de la sociedad para todos los efectos legales.

La sociedad extranjera conforme lo dispuesto en el artículo 485 del Código de Comercio debe responder por los negocios celebrados en el país al tenor de los estatutos y por ello, puede otorgar autorizaciones generales o particulares, así como imponer limites a las facultades del mandatario, quien tiene que actuar dentro de las atribuciones conferidas, pues no actúa a nombre de un establecimiento de comercio, sino en representación de la compañía extranjera que ostenta la personería jurídica. (Oficio 320-75455 agosto 6 de 1999)

## LA DISMINUCIÓN DE CAPITAL EN LAS SUCURSALES SIGUE LAS REGLAS DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES

**De acuerdo con las disposiciones contenidas en el título VIII del Código de Comercio, las sociedades extranjeras con negocios permanentes en Colombia están sometidas en términos generales al mismo régimen legal establecido para las sociedades nacionales, situación que particularmente se aprecia en los artículos 475, 476 y 483 del código citado, el último de los cuales determinó que el Superintendente de Sociedades o el Bancario, según sea el caso, tendrá respecto de las sucursales las mismas atribuciones que las leyes le confieren en relación con la vigilancia de las sociedades nacionales.**

Acorde con ese criterio, el artículo 3º de la Resolución 51 de 1991 emanada del CONPES, establece en materia de inversión de capital del exterior en el país, el principio de la igualdad en el trato, con sujeción a los artículos 100 de la Constitución Nacional y 15 de la ley 9ª de 1991, en virtud de la cual "para todos los efectos la inversión extranjera en Colombia será tratada en la misma forma que la inversión de nacionales residentes", lo que supone que no podrán concederse condiciones ni otorgarse tratamientos discriminatorios a los inversionistas extranjeros frente a los inversionistas residentes nacionales, ni tampoco conceder a aquellos ningún tratamiento más favorable que el que se otorgue a los inversionistas nacionales.

**Es así como el capital destinado por la sociedad a sus negocios en el país, está también sujeto a las mismas reglas que rigen para el capital de las sociedades nacionales, más concretamente de las anónimas; de ahí que al tenor del artículo 487 del Código de Comercio, este podrá aumentarse o reponerse libremente, pero no podrá reducirse sino con estricta sujeción a lo prescrito en el mismo código, interpretado en consideración a los acreedores establecidos en el territorio nacional; es decir que como en el caso de**





**sociedades nacionales, la disminución del capital asignado a la sucursal, requiere de la autorización de la Superintendencia de Sociedades, a que se refiere el artículo 145 del Código de Comercio y procede también en la medida en que se verifique el cumplimiento de uno de los presupuestos establecidos, esto es cuando los activos de la compañía en el país representen no menos del doble del pasivo que este tenga en el territorio nacional, cuando no haya acreedores, o cuando estos acepten expresamente la reducción.**

La razón de tal medida estriba en que si bien el capital en ese caso, no constituye la única garantía de los terceros que contratan con la compañía extranjera en el país, pues ella compromete la responsabilidad que tiene según sus estatutos en el país de origen, los acreedores colombianos tienen así asegurada una prenda común que pueden hacer fácilmente efectiva ante las autoridades nacionales sin necesidad de intentar el pago con los bienes que la sociedad tenga en el país de su domicilio.

**En este orden de ideas y siendo como es claro que la disminución del capital en el caso de las sucursales de sociedades extranjeras, está sujeta a las mismas reglas que el Código de comercio exige para las sociedades nacionales, y que en relación con aquellas, el Superintendente tiene las mismas atribuciones que la ley le confiere respecto de la vigilancia de estas últimas, es forzoso concluir que sólo cuando la disminución implique un efectivo reembolso de aportes, se requerirá la autorización de esta Entidad. (Memorando 220-067 mayo 13 de 1994)**

## LA INVERSIÓN SUPLEMENTARIA HACE PARTE DEL CAPITAL DE LA SUCURSAL

El artículo 7 de la Resolución 51 del 22 de octubre de 1991, expedida por el Conpes establece como una de las modalidades de inversión de capital del exterior en las sucursales de sociedades extranjeras, las inversiones suplementarias al capital asignado, en los términos

de la resolución 17 de 1972 del Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes).

A su vez, el artículo 10 de la resolución 17 aludida estableció las llamadas inversiones suplementarias al capital asignado, entendiéndose por estas las disponibilidades de capital en forma de bienes, divisas o servicios que permanezcan en la cuenta corriente de la casa matriz durante la vigencia anual a la que correspondan las utilidades, estableciéndose que el valor en dólares de estas disponibilidades debe ser incluido en una cuenta especial que se denominará en el balance como inversiones suplementarias al capital asignado, agregando categóricamente que tales inversiones están sujetas al régimen que se aplica al capital asignado. Por lo tanto, es claro que las sumas que conforman las inversiones suplementarias al capital asignado, deben entenderse comprendidas dentro del concepto genérico de capital.

**Por tal razón, tratándose del capital de las sucursales de sociedades extranjeras hay que tener presente que éste está dado no solamente por el asignado por la Casa matriz, sino por el originado en otras fuentes si las hubiere, tal como reza el artículo 472, numeral 2º del Código de comercio. Por lo tanto, es claro que las sumas que conforman la inversión suplementaria al capital asignado, deben entenderse comprendidas dentro del concepto genérico de capital.**

**Así mismo, el artículo 487 del Código de Comercio, establece que el capital destinado por la sociedad extranjera a sus negocios en el país puede aumentarse o reponerse libremente, pero que no podrá reducirse sino con sujeción a lo prescrito por las leyes colombianas, esto es, que se debe dar cumplimiento a lo exigido por el artículo 145 del mismo código, en consideración a los acreedores establecidos en el territorio nacional. Es decir, que nuestra legislación positiva somete a los requisitos propios indicados en el artículo 145 señalado, toda reducción del capital que corresponda a la sucursal, entendido bajo el concepto genérico y no solamente respecto al capital asignado ya que de una parte, la disposición legal citada no alude exclusivamente a este**





**último y de la otra, por cuanto las sumas que conforman todo el capital y no solamente el asignado son las que están llamadas a permitir el desarrollo de las actividades de la entidad extranjera a través de la sucursal establecida en el país y por lo tanto, son todas ellas las que están afectas a garantizar las obligaciones que se adquieran en el territorio nacional. (Oficio 220- 24453 noviembre 18 de 1993).**

## ACTIVIDADES PERMANENTES - PARTICIPACIÓN EN CONTRATOS CON ENTIDADES PÚBLICAS POR LA VIA DE UNIONES TEMPORALES

### SOCIEDADES EXTRANJERAS. ACTIVIDADES PERMANENTES

De conformidad con el mandato contenido en el artículo 469 del estatuto mercantil son sociedades extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior.

**Ahora bien, tratándose de sociedades extranjeras las mismas no tienen en principio que cumplir exigencias previstas por la ley societaria colombiana, salvo que pretendan desarrollar en territorio colombiano actividades que tengan el carácter de permanentes, caso en el cual deberán establecer una sucursal con domicilio en el territorio nacional.**

En cuanto a qué debe entenderse por actividades permanentes, se ha de señalar que la ley guarda silencio acerca de una definición sobre el particular, y se limita en el artículo 474 a enunciar algunas actividades que de acuerdo con ella ostentan ese carácter, entre las cuales y para el caso materia de estudio nos detendremos más adelante a la contenida en el numeral 2º., referida a la intervención como contratista en la ejecución de obras o en la prestación de servicios.

A propósito de los alcances de actividad permanente, esta Superintendencia ha expresado que las hipótesis contenidas en el

artículo 474 no corresponden a las únicas que puedan tener tal condición y que en consecuencia es posible admitir la existencia de otros supuestos que encuadren dentro de la noción de actividad permanente. Ahora bien, no admite discusión que las hipótesis contenidas en la disposición a la que hacemos alusión tienen el calificativo de permanentes, pues se resalta, el legislador se tomó el trabajo de señalar algunas de las actividades que suponen esa condición, sin que resulte lícito para el intérprete desconocer el mandato allí contenido, cuando la actividad descrita se halle plenamente identificada en razón de su naturaleza misma. V. Gr. la industria extractiva en cualquiera de sus ramas (numeral 4º).

Sin embargo, no todos los supuestos allí contenidos son suficientes de por sí para derivar la condición de permanencia, como quiera que algunos de ellos requieren la concurrencia de otras circunstancias complementarias para que la actividad adquiera tal carácter, dicho en otros términos, la descripción del legislador en el artículo 474 no resulta suficiente para determinar la condición de actividad permanente, ya que exige en algunos casos la verificación de otros requisitos adicionales que aunados a los supuestos señalados dan lugar a establecer sin equívocos la condición de permanentes.

Es por eso que esta Superintendencia ha considerado de tiempo atrás que la disposición ya mencionada no puede aplicarse según su estricto tenor literal, pues semejante aplicación conducirá a excesos no queridos por el legislador, sino que en cada caso concreto deben estudiarse las circunstancias que rodean el desarrollo de las actividades de las sociedades extranjeras, tales como naturaleza, habitualidad o duración para poder establecer sin lugar a dudas el carácter de permanentes o transitorias que tengan.

**El numeral 2 del artículo 474 del Código de Comercio Reza:**

"Se tiene por actividades permanentes para efectos del artículo 471, las siguientes:





**(...)**
**2. Intervenir como contratista en la ejecución de obras o en la prestación de servicios".**

**En opinión de este Despacho, para que haya lugar a la aplicación de la disposición es necesario que la sociedad extranjera intervenga como contratista pues en la hipótesis contraria, es decir, cuando la sociedad extranjera tenga la condición de contratante respecto de un contrato que deba cumplirse en territorio colombiano no se configuraría la causal, exigencia que resulta lógica en la medida que la actividad permanente es consecuencia del cumplimiento de las obligaciones adquiridas como contratista por parte de una sociedad extranjera con una entidad pública, pues la acepción de "contratista" es traída del derecho público, ya que tanto el decreto 222 de 1983 y la ley 80 de 1993, entienden como contratista a aquella persona natural o jurídica que celebra contratos con el estado. De otra parte, la participación de la sociedad debe estar referida a la ejecución de obras o a la prestación de servicios, lo cual supone que la compañía extranjera interviene en territorio colombiano en la celebración de contratos que implican la ejecución de obras, lo cual corresponde al típico ejemplo de la construcción de una obra pública, o la prestación de un servicio, como puede suceder eventualmente con un contrato de asesoría o interventoría.**

Así mismo, es necesario que el negocio jurídico que da origen al cumplimiento de las obligaciones referidas a la obra o al servicio ya se hubiere celebrado. De ahí, que no resulta suficiente para el caso que nos ocupa que la sociedad extranjera tenga una expectativa o una posibilidad de acceder al contrato, sino que necesariamente supone la celebración del mismo y la consecuente asunción de obligaciones por parte de la sociedad extranjera. Por ello, tanto en opinión de la Superintendencia como de la jurisprudencia nacional no resulta procedente calificar como actividad permanente la participación por parte de sociedades extranjeras en los procesos de licitación.

En efecto, la entidad ha señalado:

"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 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 solo significa una expectativa para la compañía hasta el, momento en que se adjudica la licitación, intervenga en la celebración de un contrato cuyo cumplimiento consista por ejemplo, en la ejecución de una obra, lo que implicaría la determinación de desarrollar actividades permanentes en el país como quiera que se encontraría en el supuesto del ordinal segundo de la comentada norma. Además, el Consejo de Estado mediante providencia emitida por la Sala de Consulta y Servicio Civil de 26 de enero de 1979 manifestó:

"El primer negocio permanente es el contrato en virtud del cual el contratista se obliga a realizar determinada obra en determinado sitio, por un determinado precio, en un plazo acordado entre las partes y en las demás condiciones convenidas, de todo lo cual es prueba el documento o contrato. Con este 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".

"A contrario sensu, la licitación por ser previa al contrato no significa una actividad permanente sino ocasional" (Oficio TR-15926 del 19 de agosto de 1981 Subrayas por fuera del texto).

**Finalmente debemos poner de presente el hecho de que sí bien la disposición califica como actividad permanente la celebración de un contrato de obra o de prestación de**





**servicios, sin que haya previsto de manera expresa otros requisitos para que tal situación se configure, no es posible con un criterio exegético deducir de allí que no hayan de considerarse otros factores a fin de determinar la permanencia. Interpretando la norma en atención a su finalidad y a la relación que debe guardar con los demás preceptos que integran la institución jurídica, es lógico que deban consultarse las características del contrato a celebrar, como sería por ejemplo el término de su duración, la calidad o tipo de obra o prestación del servicio, es decir que no basta que la sociedad extranjera haya, celebrado un contrato de obra o de prestación de servicios para que se configure la situación de hecho que la norma prevé como determinante para que surja la obligación de establecer una sucursal en territorio nacional.**

**Resulta de especial importancia en esta parte del estudio, traer a colación lo expresado en la exposición de motivos del Proyecto de Código de Comercio de 1958 que dio origen al estatuto mercantil hoy vigente, cuando refiriéndose al tratamiento de las sociedades domiciliadas en el exterior se señaló:**

"1. Siguiendo el criterio adoptado por las leyes ya mencionadas se hace una distinción entre las sociedades que se vinculan al país con negocios de carácter permanente y las que solo desarrollan negocios ocasionales en el territorio nacional y, para salvar la dificultad creada por la ley de 1988 y los decretos de 1906 se precisa cuando debe entenderse que una sociedad desarrolla negocios de carácter permanente en el país (artículo 686). Dentro de las tres hipótesis que se prevén en el proyecto caben normalmente todas las formas de actividad que pueden implicar esa vinculación permanente al país y la consecuente necesidad de un control oficial sobre tales compañías. Porque mantener en el país establecimientos de comercio u oficinas de negocios, agentes, vendedores o intermediarios facultados para colocar o atender pedidos, o intervenir en la celebración de contratos para cuya ejecución deben celebrarse otros contratos en el país, como los de trabajo, suministro, etc, es indudablemente vincularse de una manera

relativamente estable en el país." (Ministerio de Justicia, Proyecto de Código de Comercio, Comisión Revisora del Código de Comercio, Tomo II, Bogotá, julio de 1958, pág. 195)

**En idéntico sentido el Profesor J. Gabino Pinzón expresa:**

"La relación hecha en los términos anteriores en el artículo 474 del Código no es, desde luego, ni puede entenderse como taxativa, esto es, pueden darse otras hipótesis o casos de negocios permanentes en el país que deben entenderse en la misma forma que las anteriores, para aplicar las mismas disposiciones legales por vía de analogía. La falta de una relación como la que se comenta o de un criterio utilizable para determinar el carácter permanente de los negocios desarrollados en el país a fin de dar aplicación a las disposiciones legales con las cuales se trataba de regular esta cuestión en la legislación anterior al nuevo código de comercio, fue causa permanente de dificultades en el ejercicio del control del estado colombiano respecto de las compañías extranjeras que desarrollan negocios en el territorio nacional. En el decreto legislativo número 2 de 1906 se utilizaban las expresiones "empresas de carácter permanente", y en la ley 58 de 1931 se utilizaron las mismas frases con el mismo fin, es decir, como equivalentes a las locuciones "negocios permanentes". Expresiones que por lo demás eran utilizadas más o menos con el mismo sentido que tiene la noción de "empresa", consagrada en el artículo 25 del Código de Comercio, es decir, como "actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios". Por eso la idea de empresa es útil no solamente para entender mejor el carácter de las actividades indicadas en el artículo 474 del Código, sino también para tratar del mismo modo las actividades que sin corresponder exactamente a la relación del artículo 474 sean semejantes y deban someterse al mismo régimen previsto en el artículo 471 del Código". (Sociedades Comerciales, Volumen II, Editorial Temis, 1983, página 427)

**El término prestación de servicios a que alude el artículo 474 del Código de Comercio, comprende los contratos de consultoría, interventoría, asesoría técnica, incluidos dentro**





**de la categoría de contratos estatales de que trata el artículo 32 de la ley 80 de 1993, pues en ellos está implícita la expresión genérica prestación de servicios. En este aspecto es necesario llamar la atención en el sentido que el estatuto mercantil se refiere genéricamente a la expresión "prestación de servicios", sin que se hubiere ocupado de distinguir los diferentes tipos o modalidades de contratos que puedan dar lugar a la prestación de servicios, razón por la cual no resulta posible efectuar distinciones o restricciones que las normas mercantiles jamás previeron, invocando en este caso el criterio de interpretación según el cual donde la ley no distingue no le es permitido al intérprete efectuar distinciones, pues se insiste, la ley jamás previó el tipo o clase de contrato que origina la prestación de los servicios.**

Es pertinente señalar que el hecho de que el artículo 32 de la ley 80, contenga una definición especifica del "contrato de prestación de servicios", la cual tiene carácter restringido, pues no contempla otros tipos o clases de contratos cuyas obligaciones tienen por objeto prestaciones de hacer, en modo alguno permite inferir que para efectos de las disposiciones del estatuto mercantil referentes al establecimiento de la sucursal por parte de las sociedades extranjeras se aplique dicha regla; al respecto baste advertir que la definición de contrato de prestación de servicios que trae la ley 80, únicamente tiene aplicación en tratándose de asuntos relacionados con la contratación administrativa, sin que resulte posible extender su contenido a situaciones reguladas por las normas mercantiles.

En resumen, la expresión contrato de prestación de servicios para efectos de la consideración de una actividad como permanente y en consecuencia derivar la obligación de establecer una sucursal en territorio colombiano no puede ser entendida en el sentido que la definición de este tipo de contrato brinda la ley de contratación, sino que igualmente se predica de todos y cada una de los negocios jurídicos que comportan obligaciones cuyo contenido es de hacer, como sucede tratándose del contrato de consultoría, interventoría y asesoría. Admitir la posición contraria en el sentido que la definición de la ley de contratación administrativa comporta una modificación de las reglas del estatuto mercantil, implicaría una aplicación

extensiva de las normas de la ley 80 de 1993 y contraría el mismo texto de la ley 80 en el sentido que la descripción de contratos con la administración no corresponde única y exclusivamente a los previstos allí, sino que la administración puede celebrar todos aquellos negocios jurídicos contemplados en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía privada de la voluntad, dentro de los cuales existen algunos que igualmente tienen por objeto obligaciones cuyo contenido es de hacer y que por lo tanto corresponden a la acepción de "prestación de servicios".

**La consideración de una actividad como permanente y la consecuente obligación de establecer una sucursal en territorio colombiano por parte de la sociedad extranjera, no se altera por el hecho de que el contrato haya sido celebrado directamente por ella o bajo la modalidad de una unión temporal, pues lo que en últimas interesa en este caso, es si la conducta desplegada por la compañía extranjera y encaminada al cumplimiento de unas determinadas obligaciones derivadas de un contrato tiene la calidad de permanente, independientemente de que con ella extinga sus propias obligaciones o las de la unión temporal. En otras palabras, si el cumplimiento de las obligaciones de un negocio jurídico impone la realización de una actividad cuyo carácter sea permanente, resulta irrelevante que la misma tenga origen en un contrato celebrado únicamente con la sociedad extranjera o con una unión temporal de la que ella forma parte, pues esta circunstancia no la exonerará de cumplir la exigencia prevista por la ley mercantil en el sentido de incorporarse al país por medio de una sucursal. (Oficio 220-19167 abril 24 de 1998)**





## EL NOMBRE DE LA SUCURSAL DE UNA SOCIEDAD EXTRANJERA NO PUEDE SER DIFERENTE AL DE LA MATRIZ

Sobre el particular es pertinente realizar previamente las siguientes consideraciones:

1. El Código de Comercio de manera clara fija unos parámetros para diferenciar entre sociedades extranjeras y sucursales de sociedades extranjeras. Es así como el artículo 419 del estatuto mercantil, establece que "Son extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior".

2. La ley colombiana no se encarga de definir lo que es una sucursal de sociedad extranjera, tan solo el artículo 471 del Código de Comercio, 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.

3. 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 nos permite establecer un concepto de lo que es una sucursal de sociedad extranjera.

4. El artículo 263 del Código de Comercio, 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 Código de Comercio.

5. Con fundamento en las premisas anteriores, esta Superintendencia ha expresado:

**" que la sucursal es una prolongación de la compañía y es parte de una organización que de tal manera se descentraliza sin lograr por ello una personificación nueva y distinta de la sociedad, lo que permite afirmar que la sociedad se obliga y se beneficia por los actos jurídicos que celebre el administrador de la sociedad.**

...

Así las cosas, si bien es cierto que nuestro sistema tiende a conferir una autonomía operativa a la sucursal, y con el fin de obtener mecanismos de control jurídicos, contables y tributarios, ordena que estos establecimientos observen durante su permanencia en el país y en el desarrollo de sus actividades permanentes las disposiciones legales por las cuales se rigen las sociedades colombianas, esto no significa que se les conceda capacidad jurídica como si se tratase de sociedades. Ello indica que la compañía extranjera no es un tercero absoluto, ni un tercero relativo con respecto a las acciones u omisiones de sus representantes, toda vez que de conformidad con lo previsto en el artículo 485 ídem "La sociedad responderá por los negocios celebrados en el país al tenor de los estatutos que tengan registrados en la cámara de comercio al tiempo de celebración de cada negocio..." (oficio 220-58283 del 9 de diciembre de 1.996. Las negrillas no son del texto.)

Sobre este mismo tema, el profesor José Ignacio Narváez García expresa:

"**Claro que ni la sucursal ni la agencia son sociedades distintas de la principal**, a diferencia de lo que acontece con las filiales, subsidiarias o cualquier subordinada, que son entes jurídicos individualmente considerados. **En verdad, el concepto de sucursal supone dependencia económica y jurídica de la principal, y existe titularidad de una misma persona jurídica con tratamiento legal unitario. Ostenta el mismo nombre, mantiene la unidad de empresa, no tiene capital propio ni**





**responsabilidad separada, aunque dentro de las relaciones internas esté investida de una relativa autonomía administrativa."** (Teoría General de Sociedades, Séptima Edición Actualizada, Ediciones Doctrina y Ley, página 389. Negrillas por fuera de texto.)

Así mismo este Despacho por oficio 220-60767 del 7 de diciembre de 1995, expuso su criterio sobre el interrogante que se plantea en cuanto a la posibilidad de dar a la sucursal una denominación diferente a la de la matriz.

**"...De las disposiciones citadas, se infiere sin lugar a dudas que en cualquier caso la sucursal, sea nacional o extranjera no es un ente autónomo diferente a la matriz, toda vez que no goza de personería jurídica independiente; se trata de un establecimiento de comercio que hace parte de la sociedad y del cual ésta se vale para desarrollar los negocios que comprenden su objeto social.**

**Ahora bien, en cuanto al nombre o razón social es entendido que éste constituye el signo distintivo de la persona jurídica y como tal, cumple la función general de identificar la misma en el mundo de los negocios como sujeto de derecho.** Por tanto si matriz y sucursal ostentan una única personalidad jurídica, habida cuenta que la segunda es meramente una prolongación de la primera y que es ésta quien exclusivamente adquiere los derechos que de su personalidad se derivan y se obliga por sus actuaciones, no se concibe que pueda hablarse en sentido estricto de "razón social" propia, en el caso de las sucursales, pues su naturaleza jurídica le impone necesariamente identificarse con la razón social que le pertenece a la sociedad de la cual hace parte.

Y es que precisamente porque la sucursal no tiene denominación ni razón social diferente a la de la sociedad en cuyo nombre actúa, la ley no se ocupó en hacer ninguna mención sobre el particular, pero si determinó de manera expresa en el artículo 472, los aspectos que debe contener la resolución o acto de incorporación de la sucursal, aspectos estos que si establece discrecionalmente la casa matriz y que constituyen lo que suele denominarse "estatutos

de la sucursal" los cuales están destinados a hacer operantes en el país, los estatutos de la sociedad en su país de origen y de los cuales obviamente hace parte su razón social, motivo por el cual se omitió hacer indicación alguna al respecto.

Así solamente se exige que los documentos relacionados con la constitución de la sociedad en el exterior y con el régimen de dicha sociedad se doten de publicidad comercial en el país, mediante su inscripción en el registro mercantil de la cámara de comercio correspondiente al domicilio adoptado para el país, exigencia que procura facilitar a los terceros el conocimiento de las características de la misma.

**Por las consideraciones brevemente expuestas estima este Despacho que la sucursal de una sociedad extranjera, como establecimiento de comercio que es de la sociedad, no puede tener una denominación social diferente a la de la casa matriz, dado que se desvirtuaría con ello su verdadera identidad".**

Por lo anterior este Despacho reitera el criterio ya expuesto en el sentido que no es posible que la sucursal de una sociedad extranjera tenga una denominación distinta a la casa matriz, toda vez que la sucursal extranjera no es un ente autónomo distinto de ella, por cuanto no goza de personería jurídica independiente. (Oficio 220- 22718 mayo 12 de 1998) Boletín Jurídico No. 3 de 1998).





# UTILIDADES

## LA MAYORÍA PARA LA DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES

**Dice el artículo 240 de la Ley 222 de 1995:**

"El artículo 155 del Código de Comercio quedará así:

Salvo que en los estatutos se fijare una mayoría decisoria superior, la distribución de utilidades la aprobará la asamblea o junta de socios con el voto favorable de un número plural de socios que representen, cuando menos, el 78% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión.

Cuando no se obtenga la mayoría prevista en el inciso anterior, deberá distribuirse por lo menos el 50% de las utilidades líquidas o del saldo de las mismas, si tuviere que enjugar pérdidas de ejercicio anteriores".

Comentarios:

1. La redacción de la norma es clara y significa que de las utilidades liquidas de cada ejercicio deberá repartirse por lo menos el 50%, salvo que los asociados dispongan lo contrario, en cuyo caso, se requerirá del voto afirmativo de un número plural de asociados, que representen por lo menos el 78% de las acciones, cuotas o partes de interés que se encuentren representadas en la reunión en la que se pretenda aprobar dicho tema.

2. Mediante determinación contractual de los asociados se puede pactar dentro de los estatutos sociales una mayoría decisoria superior a la señalada para ese fin.

3. La nueva norma pues, conserva la misma obligación que mencionaba el artículo 155 del Código de Comercio en cuanto

al porcentaje de utilidades líquidas que se deben distribuir, con la única diferencia de que para no efectuar en dichos términos el reparto, se requiere que la decisión se apruebe no ya con el 70% sino con el 78% de las acciones, cuotas o partes de interés. Por lo demás, el artículo 240 no introduce ninguna otra modificación diferente a la que toca con la mayoría establecida en el artículo 155; de ahí que en lo relacionado con la distribución de utilidades se seguirán aplicando las disposiciones legales pertinentes, en concordancia con las que en materia de quórum y mayorías prevé la Ley 222 de 1995.

4. Por virtud del artículo 240 de la Ley 222 de 1995, el artículo 454 del Código de Comercio no fue derogado ni modificado y tal regla permanece vigente en los mismos términos en cuanto a la obligación que establece para las sociedades anónimas de elevar al 70% el porcentaje de las utilidades líquidas a repartir, cuando la suma de las reservas legal, estatutaria y ocasionales excediere del 100% de capital suscrito.

5. El artículo 454 del Código de comercio hace alusión al artículo 155, ahora modificado por el artículo 240 del la Ley 222, para remitirse al porcentaje obligatorio de reparto que allí se estableció (50% de las utilidades), el cual debe ser incrementado al 70%.

6. **El artículo 454 no se refiere a la salvedad de la determinación en contrario que ella en ese caso permite, bajo la condición de que la determinación se apruebe con la mayoría decisoria determinada, por lo cual no es viable inferir que dado el supuesto señalado pueda la asamblea con esa, ni con ninguna otra mayoría, modificar el porcentaje de las utilidades a distribuir, toda vez que el artículo 454 del Código de Comercio, que se repite permanece indemne, es de estricto cumplimiento, pues participa de la naturaleza de las normas que llevan implícita la noción de orden público, como en otras oportunidades lo ha sostenido esta Entidad.** (Oficio 220- 42826 agosto 8 de 1997)



**ÚLTIMA ACTUALIZACIÓN**

**RATIFICACIÓN RETROACTIVA DE UNA DECISIÓN SOCIAL INEFICAZ**

# RATIFICACIÓN RETROACTIVA DE UNA DECISIÓN SOCIAL INEFICAZ

Me refiero a su escrito radicado con el número de la referencia, en el cual estima que los poderdantes de los señores XXXXX y ZZZZZZZ, están facultados para "... *asumir retroactivamente la decisión que por su conducto se expresó a la Asamblea Universal lo que permitiría que la reunión universal de BBBBBBB, se tuviese por válidamente celebrada y, por ende, pudiese seguir adelante el proceso de fusión*".

Lo anterior en atención a que esta Superintendencia ha considerado que las "*decisiones*" adoptadas en la reunión llevada a cabo el SS de WWWWWWWW de 1999 son ineficaces de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial, conclusión que encuentra asidero en las consideraciones que a continuación se expresan y con las consecuencias que se enuncian en este escrito, con el propósito de sentar criterios generales al respecto que permitan atender sus inquietudes a propósito del caso concreto aludido, en el cual las acciones del CCCCCCCCCC y del señor NNNNNNNNN fueron representadas por el señor XXXXXXXXX, quien para tal fecha tenía la condición de administrador de la compañía BBBBBBBBB.

I. Argumentos expuestos ante la Superintendencia.

Su escrito exige examinar en detalle una serie de consideraciones jurídicas en él expuestas, así como anteriores pronunciamientos de este despacho, para lo cual es útil la siguiente síntesis de las mismas.

A. Supuesto y concedido que, en efecto, se configuró en ese caso una violación a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 185 del Código de Comercio ( en adelante, "C.Co."), en su escrito se plantea que se requiere precisar cuáles son los efectos de la misma, y si frente a ellos pueden determinarse " los remedios que cabría formular para no entorpecer el proceso". Y con ese propósito en el numeral 4 formula usted varias consideraciones, a saber:

1. Que los apoderados hayan actuado en forma inoponible a sus respectivos poderdantes.

2. **Que** " *quien creía tener poder no lo tenía por restricción legal y, por ende, al usurpar las atribuciones, el voto es válido*".

3. **Que** "*habrían actuado, en suma, como agentes oficiosos pero no como apoderados*";

4. **Que** " *de ratificar el mandante cualquier obligación que a su nombre se ha contraído, así sea por fuera de los límites del mandato, se entiende que queda vinculado por tal ratificación, principio aplicable al apoderamiento*".

**B.** En el numeral 5 de su escrito se hace referencia a los artículos 185, 426 y 433 del C.Co., y con base en ellos se afirma que:

1. Los artículos 185 y 426 tienen sus propias sanciones, ambos excepcionales;

2. Que la que corresponde al artículo 185 no es la ineficacia –en su escrito se refiere también a la ineficacia "radical" o inexistencia-, no sólo porque no se menciona expresamente, sino porque de la sección del Código a la cual pertenece hace parte el artículo 190, que sanciona con ineficacia las decisiones tomadas en contravención del artículo 186;

3. Que la consecuencia de la actuación de aquellos administradores "***que actuaron excediendo sus poderes por impedimento legal no es la ineficacia de la asamblea – que equivaldría a ineficacia- sino la del acto de apoderamiento***"; y en tal caso de exceso en los límites del encargo es posible una ratificación retroactiva, en los términos de los artículos 844 del C.Co. y 1266 del C.Co.

4. ***"No se debería equiparar la no asistencia de una persona, con la asistencia viciada de algún efecto, pero con el claro objetivo de representar los intereses de un accionista que expresamente así lo dijo"***.





5. Los poderdantes expresaron inequívocamente el sentido de su voto en los respectivos poderes conferidos el día anterior a la reunión, circunstancia que debería tenerse en cuenta dada la forma en que, en otro supuesto de hecho, en el artículo 20 de la Ley 222 de 1995, se posibilita a los accionistas para expresar ellos directamente el sentido del voto con anterioridad.

B. Se añade que dada la integración directa e indirecta de las sociedades involucradas en la fusión proyectada, no cabe duda de que todos los accionistas de ambos estuvieron de acuerdo en la integración en cuestión, no siendo ninguno de ellos extraño a la administración. Y puesto que la prohibición a los poderes de ventanilla busca impedir la aprobación de su propia gestión por parte de los administradores, para proteger a minoritarios y ausentes, dicha tutela no se requiere en este caso de protección, y cualquier conflicto de interés potencial en cabeza de los apoderados simplemente no existe, aunque de existir los accionistas protegidos podrían perfectamente renunciar a esa protección; y podrán también ratificar lo aprobado por los representantes excedidos.

No obstante lo anterior, también se considera que con la prohibición se tutela al poderdante frustrado " ***y, por ende, éste tiene las facultades de asumir la decisión tomada en su nombre, o dejar de hacerlo***".

C. Por último, y con base en lo expuesto, se indica que " la Superintendencia..." ***puede proteger a los terceros de buena fe, ya que aceptando la posibilidad de asumir con efectos retroactivos las decisiones adoptadas por los administradores y apoderados, se lograría el objetivo del 100% de los accionistas que es lograr la fusión en el menor tiempo posible, para no verse abocadas, entre otras posibilidades, a entrar en un proceso liquidatorio***".

## II. Consideraciones de la Superintendencia

**A.** La ineficacia es la sanción jurídica aplicable a la decisión adoptada en una reunión celebrada en contravención a las reglas propias del quórum.

En su escrito se afirma que de existir un vicio en el acto de apoderamiento, y cualquiera que sea la sanción jurídica propia de él, la misma en todo caso no podría predicarse de la reunión de la asamblea o junta de asociados propiamente dicha, siendo posible además la ratificación retroactiva de dicho apoderamiento irregular; y se señala también que la inobservancia del citado artículo 185 del C.Co. no se sanciona con la ineficacia. Sobre el particular es necesario hacer algunas precisiones, opuestas a las apreciaciones formuladas en su escrito a propósito de los artículos 185,186 y 190 del C.Co.

**1.** En el artículo 185 del C.Co.[1] se prevén tres restricciones legales aplicables a los administradores y empleados de la sociedad; dos de ellas afectan la representación de participaciones sociales en las reuniones de las asambleas o juntas de asociados; y la otra vicia la votación en ciertas materias. Los dos primeros supuestos, que respectivamente prohíben la representación de participaciones ajenas -con excepción de la representación legal- y la sustitución de poderes, regulan vicios predicables de actos de apoderamiento y de los correspondientes poderes, mientras que el tercer supuesto tiene que ver con el ejercicio irregular del poder de voto.

El poder de representación tiene su fuente voluntaria en un negocio unilateral, el acto de apoderamiento, que en el caso de la representación en asambleas o juntas societarias está legalmente sujeto a la restricción del citado artículo 185, limitación que es distinta de la que en ese mismo artículo se establece al ejercicio del poder de voto y que, además, la precede desde un punto de vista lógico, pues los requisitos propios de la deliberación anteceden a las decisiones. Y puesto que en el artículo 185 del C.Co. no se consagra una sanción específica a su inobservancia, es necesario examinar las reglas aplicables a la integración y funcionamiento de las asambleas para precisar cuál es la consecuencia legal del caso, y sin perjuicio del carácter restrictivo que las caracteriza a todas ellas.

[1] *Art. 185. 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 confiera. Tampoco podrán votar los balances y cuentas de fin de ejercicio ni las de liquidación.*





Para tal efecto, en las reglas generales del libro II del Código se requiere tener en cuenta el artículo 190[2]; y en las reglas especiales de las anónimas el artículo 433[3], cuya sanción genérica de ineficacia ha sido objeto de análisis que en este momento no es necesario evaluar, máxime por tratarse este caso de una decisión de una asamblea de una sociedad anónima. Circunscrito, pues, el asunto, a los términos de las reglas generales, se observa cómo la nulidad absoluta es la sanción propia de las decisiones adoptadas sin el número de votos previstos en los estatutos o en las leyes, o excediendo los límites del contrato, mientras que la ineficacia es la sanción aplicable a "***las decisiones tomadas en una reunión celebrada en contravención a lo prescrito en el artículo 186***".

Si se examina otra vez el artículo 185, se observa cómo en sólo una de sus hipótesis, la que tiene que ver con el voto en materias vedadas a los administradores, se podría afectar una decisión con la sanción de nulidad absoluta, y ello en el evento en el cual el voto indebido de los administradores forme parte de la mayoría decisoria impugnada; cosa distinta ocurre con la pretensión irregular de representar acciones distintas de las propias o de las que sean materia de representación legal, o con la sustitución irregular, pues en tal caso, abstracción hecha de cualquier decisión, se afecta el quórum de la reunión, esto es, el número de asociados presentes o representados que se requiere para deliberar, quórum que es distinto de la mayoría decisoria propiamente dicha, como quiera que ésta supone a aquél .

Y en los términos del artículo 186, las reuniones deben realizarse con sujeción a las leyes en cuanto a quórum, por lo cual en este punto el artículo 185 contiene una prescripción legal que integra la regla del 186, cuya inobservancia se sanciona legalmente con la ineficacia. De conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 30 del Código Civil (en adelante, "C.C"), "*el contexto de la*

[2] *Art. 190. Las decisiones tomadas en una reunión celebrada en contravención a lo prescrito en el artículo 186 serán ineficaces; las que se adopten sin el número de votos previstos en los estatutos o en las leyes, o excediendo los límites del contrato social, serán absolutamente nulas; y las que no tengan carácter general, conforme a lo previsto en el artículo 188, serán inoponibles a los socios ausentes o disidentes.*

[3] *Art.433. Serán ineficaces las decisiones adoptadas por la asamblea en contravención a las reglas prescritas en esta sección.*

*ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía*", principio de interpretación con base en el cual resulta claro cómo la integración normativa en cuestión permite concluir que una indebida representación que afecta el quórum de una reunión produce la ineficacia de las decisiones que lleguen a tomarse en ellas, afirmación que se confirma al examinar lo dispuesto en el derogado artículo 427[4], en el cual se distinguía con claridad entre el quórum requerido para deliberar y las mayorías necesarias para adoptar decisiones. Y tiene sustento también en la doctrina nacional sobre el particular: Gabino Pinzón distinguía entre el quórum y las mayorías decisorias, considerando pleonástica la expresión "quórum deliberatorio" en atención al sentido de la expresión latina[5]; y José Ignacio Narváez, para quien no hay allí pleonasmo, coincide también en la distinción entre el quórum deliberatorio y el decisorio[6].

2. Se argumenta también en su escrito que con anterioridad a la reunión en cuestión, en el respectivo poder especial todos y cada uno de los poderdantes expresaron por escrito y con suficiente precisión el sentido de su voto, de manera que las personas que se reunieron, más que mandatarios o representantes, eran simples portavoces o nuncios. En este sentido, la Superintendencia observa que dicha interpretación de la actuación a través de terceros en una asamblea o junta de asociados no se ajusta a lo dispuesto en la ley societaria, como quiera que en ella se regulan dos actos jurídicos, el acto de apoderamiento y ejercicio del derecho de voto, orientados a la formación de otro acto jurídico, que es la decisión social, asuntos todos bien distintos de la actuación material propia de un mensajero pero no de un mandatario o de un representante

*[4] Art. 427. 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. Derogado Ley 222 de 1995, art 68 el cual dispone: La asamblea deliberará con un número plural de socios que represente, por lo menos la mitad más una de las acciones suscritas, salvo que en los estatutos se pacte un quórum inferior.*

*[5] Pinzón Gabino, Sociedades Comerciales, Teoría general, Vol I, Ed. Temis, Bogotá, 1988, 5 ed. P.186*

*[6] Narváez, José Ignacio, Teoría General de las Sociedades, Ed. Doctrina y Ley, 7 ed. Bogotá, 1996, ps. 272-273.*





voluntario a cualquier otro título. De conformidad con el artículo 832 del C.Co[7]., por el acto de apoderamiento se faculta al representante voluntario para celebrar "*negocios jurídicos*"; y según se dispone en el artículo 1262 del mismo estatuto, el mandato, representativo o no, obliga al mandatario a celebrar o ejecutar "*uno o más actos de comercio*", entre los cuales se cuenta la deliberación y voto en las reuniones de las asambleas y juntas de asociados por tratarse de actos regulados por la ley mercantil (C.Co., art. 20-19)

Para la Superintendencia el otorgamiento de un poder detallado no convierte al representante en portavoz; y si lo que se quiere es adoptar una decisión a través de un mecanismo no presencial, en el artículo 20 de la ley 222 de 1995 se prevé un sistema de expresión del sentido de los votos que en este caso no se utilizó, sin que sea viable acudir analógica o extensivamente a sus reglas para subsanar defectos de una reunión que pretendió ser presencial a través de apoderados.

B. La ratificación de una decisión social ineficaz.

No obstante lo anterior, la argumentación sometida a consideración de la Superintendencia suscita el examen de la posibilidad o imposibilidad legal de la ratificación retroactiva de una decisión social ineficaz, en este caso consecuencia de la falla en el quórum resultante de un apoderamiento violatorio del artículo 185 del C.Co.. En el artículo 898 del C.Co. se prevé la posibilidad de "*ratificar*" un acto inexistente; si a ello se añade que la legislación civil, por su parte, permite ratificar, con efectos retroactivos, actos viciados con nulidad, y teniendo en cuenta el principio previsto en el inciso primero del artículo 822 del C.Co.[8], cabe preguntarse: i) si es viable la ratificación de un acto mercantil ineficaz, que es distinto del acto

*[7] Art. 832. Habrá representación voluntaria cuando una persona faculte a otra para celebrar en nombre del representado, dentro del límite de sus poderes, producirán directamente efectos en relación con éste.*
*La regla anterior no se aplicará a los negocios propuestos o celebrados por intermediario que carezca de facultad para representar.*

*[8] Art. 822. Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.*

inexistente, del acto anulable y del nulo, como lo confirma la sanción expresa del artículo 897 del C.Co[9]; ii) y, de serlo, si la misma tiene o no efectos retroactivos.

Para contestar dichos interrogantes es necesario remitirse, en primera instancia, a las reglas generales sobre ineficacia, inexistencia, nulidad y anulabilidad, para luego acudir a los principios y reglas de tipo societario.

1. En relación con el alcance de la sanción legal de ineficacia, esta Superintendencia se ha pronunciado anteriormente, en términos como los de la Resolución OA/ BQ-0033 del 29 de enero de 1980, así:

***"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, porque, 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 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.***

*Si la ineficacia deriva de la ley misma, por 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 efectos. Cualquier otra consideración nos llevaría a la conclusión de que la ineficacia y la nulidad aluden a una misma figura.*

***De otra parte 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.".***

*[9] Art. 897. Cuando en este código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.*





2. La diferenciación entre la ineficacia, por una parte, y la inexistencia, la nulidad y la anulabilidad, por otra parte, también estriba en el hecho de que la primera es una sanción que se produce de pleno derecho, mientras que la inexistencia y las nulidades deben ser judicialmente declaradas; mientras tanto, los actos viciados o inexistentes se tienen por existentes y legalmente celebrados, de manera que la protección de los derechos de terceros de buena fe, la cual se presume en todos ellos, puede restringir los efectos retroactivos de la declaración judicial en cuestión. En cambio, cuando en la legislación se sanciona una actuación con su ineficacia ningún tercero ni, mucho menos, ninguna parte o causahabiente de una de ellas, puede alegar derecho que se derive del acto ineficaz.

3. Para referirse a la ratificación de los actos que adolecen de algún vicio, es necesario detenerse en el artículo 844 del C.Co. citado en su estudio[10]. Dicha disposición, a pesar de la generalidad de sus referencias al "*interesado*" y al "*negocio jurídico ratificado*", es aplicable específicamente en los casos en los cuales el negocio a ratificar ha sido celebrado a través de un tercero sin poder o con poder insuficiente, pues se trata de una disposición que forma parte del capítulo que el título I del libro IV del Código de Comercio dedica a la representación, contexto legal que determina el alcance de esta norma en la forma descrita. Para el caso que aquí interesa, en cambio, hay que precisar que la decisión social no es el fruto de la actuación de representante o apoderado alguno de la sociedad, sino el resultado de los votos válidos proferidos por los socios en una reunión legalmente convocada y celebrada con el quórum debido y en lugar adecuado, por lo cual corresponde a una hipótesis distinta de la prevista en la disposición en cuestión.

*[10] Art 844. La ratificación del interesado, si se hace con las mismas formalidades que la ley exige para el negocio jurídico ratificado, tendrá efecto retroactivo, salvo en cuanto lesione derechos de terceros.*

Sin embargo, como dicha norma consagra un principio general en materia de ratificación retroactiva, admitida en las reglas civiles que se refieren a actos nulos susceptibles de ella, es lógico preguntarse si el principio mismo se limita a los casos de los negocios jurídicos celebrados a través de representante, o si es aplicable también a decisiones societarias, en particular a aquellas que resulten ineficaces, y, en general a cualquier negocio jurídico.

4. Los actos anulables o - en los términos de la legislación civil- relativamente nulos, son susceptibles de ratificarse retroactivamente, y esa posibilidad legal –como ya se dijo- parte de la base de que sin que medie sentencia judicial declarativa de nulidad, tales actos se reputan válidos y, en consecuencia, producen efectos. Tratándose de actos inexistentes, la lógica elemental impide atribuirles efectos a partir del momento de su celebración, como quiera que por definición no han existido, razón por la cual es acertada la doctrina que, al criticar la expresión utilizada en el artículo 898 del C.de Co[11], pone de relieve que la pretendida ratificación no es tal, como quiera que el perfeccionamiento del acto "*en la fecha de tal ratificación*", y no antes, confirma que no hay acto preexistente alguno [12].Esa ha sido la posición que sobre el particular ha expuesto de tiempo atrás la Superintendencia, al señalar que allí lo que se consagra "*no es propiamente una ratificación del acto inexistente, sino una nueva celebración del mismo*"[13] .

La ineficacia, al ser una sanción legalmente distinta de la inexistencia, implica la distinción entre la existencia del acto y la carencia de efectos del mismo por ministerio de la ley, "*sin necesidad de declaración judicial*", como se dice en el artículo 897 del C.Co. Pero dado que el acto ineficaz de todas formas existe, es razonable preguntarse cuál es el sentido y alcance jurídicos de dicha existencia

*[11] Art. 898. "La ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación, sin perjuicio de terceros de buena fe exenta de culpa. 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".*
*[12] crf. Ospina Fernández Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo, Teoría general de los Actos o negocios jurídicos. 3 Ed. Temis, Bogotá, 1987, hay ed. Posterior, no.569, ps. 508 y 509).*
*[13] Superintendencia de Sociedades, Res. 3193 del 11 de julio de 1973*





y cabe también la pregunta acerca de la posibilidad de ratificación retroactiva de un acto ineficaz si con ello no se afecta a terceros. Y si la existencia del acto ineficaz, tiene relevancia jurídica, y llega a ser subsanable la falla que produjo su ineficacia, no parece que algún principio o regla pudiera impedir dicha ratificación, que es admitida en otros ordenamientos, como ocurre, por ejemplo, en el caso planteado por Francesco Messineo con base en la legislación italiana, que es precisamente el del contrato ineficaz por falta de poder y por exceso o violación de poder[14]. Por el contrario, la posibilidad de tal ratificación resulta armónica con el principio previsto en el artículo 31 del C.C., según el cual "*Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación*" "*La extensión que debe darse a toda ley se determinará por su genuino sentido*", sentido éste que en materia contractual tiene como base fundamental la amplitud propia de la autonomía privada y la exigencia constitucional de restricciones expresas para la limitación de la actividad de los particulares.

C. La retroactividad de la ratificación de una decisión social ineficaz.

Ahora bien, la afirmación general según la cual un acto ineficaz pueda ser ratificado retroactivamente si con ello no se afecta a terceros, al ser el resultado de una deducción como la planteada, debe ser contrastada con todos y cada uno de los casos en los cuales se consagra específicamente dicha sanción en la ley, para en cada supuesto determinar, si la existencia del acto ineficaz tiene o no relevancia jurídica y, en consecuencia, si efectivamente la retroacción es posible. En ese orden de ideas, de entrada se advierten supuestos, como el de la ineficacia del registro de las prendas sin tenencia (C. Co. Art. 1210), o el de la ineficacia de cláusulas exonerativas de responsabilidad del transportador (C.Co. art.992) o, en el caso de las estipulaciones societarias, el de la ineficacia de las cláusulas leoninas (C.Co. art. 150, inc. 2) o de las que indeterminan o extienden indebidamente el objeto social (C.Co. art. 110-4), en las cuales carece de sentido la supuesta ratificación retroactiva, o bien porque no es posible dotar de eficacia una cláusula prohibida, o porque el efecto de la supuesta convalidación no puede ser retroactivo en atención a la protección de los intereses de terceros.

*[14] Crf. Messineo, Francesco, Doctrina General del Contrato, trad. De Fontanarrosa, Sentis M. Y Volterra, Ed. Jurídicas europa-américa, Buenos Aires, 1952, Tomo II, p.311.*

1. En materia societaria, en el artículo 390 del C.Co.[15], se admite expresamente la posibilidad de sanear por ratificación expresa o tácita un acto de suscripción de acciones ineficaz; y en la doctrina se ha observado cómo dicha ratificación no produce efectos retroactivos, toda vez que la oferta de las acciones a suscribir sólo se entiende formulada legalmente a partir de la fecha de la autorización allí prevista[16], conclusión con la cual coincide la doctrina de la Superintendencia, expuesta desde la resolución 3193 de 1973, aunque con base en considerar inexistente el correspondiente contrato de suscripción.

En el mismo sentido, la negociación de acciones en entidades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria que se lleve a cabo sin la aprobación previa de dicha Superintendencia, de conformidad con la exigencia del artículo 88 del estatuto orgánico del Sistema Financiero, está viciada de ineficacia de pleno derecho. Y dicha deficiencia, según lo expresado en el numeral 3.2 del capítulo segundo del título primero de la Circular Básica Jurídica 7 de 1996 de la Superintendencia Bancaria, "*no puede subsanarse con posterioridad al acuerdo que materialice la transacción, bien sea mediante la posterior solicitud de autorización del Superintendente Bancario, o por la simple variación de las condiciones bajo las cuales se celebró originalmente el negocio jurídico ineficaz, en la medida en que tal situación no se encuentra prevista por las normas de manera expresa, como sí sucede frente a la inexistencia prevista en el inciso 2º. Del artículo 898 del C. De Co., o en el caso de determinadas situaciones respecto de las cuales la norma mercantil, además de prever la ineficacia, determina de manera expresa los mecanismos para que se recupere el vigor jurídico propio de todo negocio o actuación a la cual la ley le atribuya en principio efectos en derecho*".

2. En el caso específico de las decisiones sociales ineficaces, el análisis acerca de la posibilidad de su ratificación exige algunas precisiones en relación con las reglas acerca de la integración

*[15] Art. 390. Para la colocación de acciones la sociedad deberá obtener previamente autorización de la Superintendencia de Sociedades, mediante solicitud acompañada del correspondiente reglamento, so pena de ineficacia.*
*Los suscriptores podrán sanear el acto de suscripción por ratificación expresa o tácita, una vez obtenida la autorización de que trata el inciso anterior.*
*No obstante la ratificación, la colocación de las acciones sin la autorización de la Superintendencia de Sociedades, hará incurrir a los administradores de la sociedad en multa (hasta de cincuenta mil pesos).*
*[16] crf. Pinzón, Gabino, Sociedades Comerciales, Voll, Tipos o Forma de Sociedades, 3 ed., 1989, Bogotá, ps. 208-209.*





y funcionamiento de la asamblea o junta de asociados, instrumento u órgano a través del cual se expresan los socios colectivamente considerados.

a. El elemento fundamental para la integración de una asamblea es el quórum, entendiendo por tal, de acuerdo con la descripción de Gabino Pinzón, la presencia del número de asociados "*que contractual o legalmente sea suficiente para deliberar en interés de todos*"[17]; los otros dos requisitos de eficacia de las decisiones, el lugar y la convocación, son instrumentos destinados a asegurar que dicho quórum pueda conformarse. De ahí que la reunión "*universal*"; o "*totalitaria*", como se denomina en la doctrina italiana, sea la única y razonable excepción a las reglas sobre convocación y lugar de reunión, pues la concurrencia de todos y cada uno de los asociados hace innecesaria la garantía implícita en esas otras dos exigencias.

b. Las fallas en materia de convocación, lugar de reunión y quórum son las que en los términos ya precisados de los artículos 185, 186 y 190 del C.Co. dan lugar a la ineficacia de las decisiones, sanción ésta que, junto con la nulidad e inoponibilidad que puede darse en los supuestos pertinentes, razón por la cual la impugnación o excepción correspondiente se predica de decisiones sociales y no de las reuniones en que éstas se adoptan. Solamente en el inciso segundo del artículo 182 del C.Co[18]., a propósito, precisamente, de las reuniones universales, se califica la "*validez*" de una reunión, y dicho predicado carece de sanción, como quiera que la consecuencia de la inobservancia de lo dispuesto en dicha norma, o en el artículo 426 del C.Co[19]., es, otra vez, la ineficacia de las decisiones adoptadas en ella.

*[17] Pinzón Gabino, ob. Cit. Vol I, p.186*
*[18] Art. 182. En la convocatoria para reuniones extraordinarias se especificarán los asuntos sobre los que se deliberará y decidirá. En las reuniones ordinarias la asamblea, podrá ocuparse de temas no indicados en la convocatoria, a propuesta de los directores o de cualquier asociado.*
*La junta de socios o la asamblea se reunirá válidamente cualquier día y en cualquier lugar sin previa convocación, cuando se hallare representada la totalidad de los asociados.*
*Quienes conforme al artículo anterior puedan convocar a la junta de socios o a la asamblea, deberán hacerlo también cuando lo solicite un número de asociados representantes de la cuarta parte o más del capital social.*
*[19] Art. 426. La asamblea se reunirá en el domicilio principal de la sociedad, el día, a la hora y en el lugar indicados en la convocatoria. No obstante, podrá reunirse sin previa citación y en cualquier sitio, cuando estuviere representada la totalidad de la acciones suscritas.*

c. Por esa razón, para la "*validez*" de dicha reunión, que es cosa distinta de la validez o eficacia de las decisiones tomadas en ella, se requiere forzosamente la presencia o representación de la totalidad de los asociados; y si ello no ocurre, independientemente de si se encuentra representado o no un quórum suficiente para deliberar en una reunión extraordinaria u ordinaria, la reunión falla por falta de convocación o por defecto en el lugar de reunión, o por ambas causas, y esa o esas deficiencias acarrean, en los términos de los artículos 186 y 190 del C.Co., la ineficacia de cualquier decisión adoptada en ella.

3. Planteadas así las cosas, se pueden distinguir con claridad la ineficacia de la decisión, por una parte, la decisión propiamente dicha y la "*reunión*" de personas en la cual se adoptó. Como ya se dijo, la drástica y automática sanción jurídica de la decisión viciada hace innecesario que en la ley se prevea una sanción para la reunión en que se originó; pero no por ello puede desconocerse el hecho consistente en la presencia de unas personas en un determinado lugar, convocadas o no con antelación, y congregadas con el propósito de deliberar y decidir en interés de la sociedad que los vincula. Y, cabe preguntarse ahora si esa situación de hecho permite adoptar con posterioridad a su ocurrencia una decisión social cuyos efectos jurídicos se retrotraigan a ese momento; o si en todos los casos, la ausencia de efectos de pleno derecho elimina los supuestos requeridos para que pueda hablarse de una ratificación o convalidación retroactiva.

Para llevar a cabo ese análisis puede distinguirse si se han congregado o no todos los socios, en forma directa o a través de apoderados, y si han llevado a cabo o no la reunión.

a. Una primera hipótesis se da cuando a la pretendida reunión no concurre un número de asociados que sea suficiente para integrar el quórum y por eso "*no se lleva a cabo*" la reunión, según se dice en el artículo 69 de la





ley 222 de 1995, modificatorio del artículo 429 del C.Co., evento en el cual es necesario citar a una nueva; y no importa si han sido debidamente convocados y si se han reunido en el lugar adecuado, como quiera que la reunión primera no ha tenido lugar. Por sustracción de materia, entonces, es innecesario abundar acerca de una hipotética convalidación o ratificación retroactiva de una decisión inexistente en atención a que no se llevó a cabo reunión alguna, por lo cual ni siquiera se deliberó.

b. Un segundo caso ocurre si un número distinto de la totalidad de los asociados no se encuentra presente o representado y pretende deliberar en interés de la sociedad sin previa convocatoria, o en el lugar inadecuado, o con ambas deficiencias, evento en el cual la pretendida "*reunión*" tampoco tiene relevancia desde un punto de vista societario, pues en el supuesto de la reunión universal tienen que estar presentes, por sí o a través de apoderados, todos los asociados.

4. Pero si, en un tercer supuesto, se lleva a cabo una reunión en la cual los asistentes actúan con la pretensión de que están debidamente representados todos los socios, por lo cual no requeriría convocatoria previa y podría llevarse a cabo en cualquier lugar; o, cuarta hipótesis, si ello ocurre en el lugar y con la convocatoria adecuados, y luego de adoptar decisiones en interés de la sociedad, se advierte que defectos en los actos de apoderamiento impiden contar con el quórum requerido para la eficacia de las decisiones, la consideración acerca de la posibilidad de su ratificación requiere un análisis más detallado.

En efecto, en los dos últimos supuestos anotados, la Superintendencia estima que las decisiones directa y reflexivamente encaminadas a la producción de efectos sociales existen, aunque carecen de eficacia por ministerio de la ley, circunstancia ésta que hace innecesario polemizar acerca de la doctrina que sostiene que la ineficacia de las

decisiones es en todos los casos consecuencia de la inexistencia de la reunión de la asamblea propiamente tal[20]. Esa circunstancia de hecho, esto es, la existencia de la decisión ineficaz, sirve de base para su ratificación. En efecto, las fallas en materia de apoderamiento son consecuencia de vicios de nulidad que, en el caso de la violación del artículo 185 del C.Co., constituyen una infracción a una restricción establecida en atención a la calidad o estado de las partes, por lo cual se trata de una nulidad simplemente relativa, como tal susceptible de ser saneada, de conformidad con la regla general establecida en el artículo 1741 del C.C. La ratificación del acto individual de apoderamiento viciado no sirve para ratificar el acto social; pero a diferencia de lo que hubiera ocurrido si la reunión no se lleva a cabo o si no hubieran concurrido todos los socios en forma directa o a través de representantes, la decisión social sí existió, y por eso es legalmente posible que en una nueva reunión sí se ratifique la decisión viciada, y que si dicha nueva decisión no afecta a terceros, la ratificación que constituye su objeto tenga efectos retroactivos, siempre y cuando la naturaleza de la decisión permita darle ese alcance.

Es necesario poner de relieve que la ineficacia de que aquí se trata se predica legalmente de la decisión social, es decir, del acto societario, y no de un acto de un socio individualmente considerado, como es el caso del acto de apoderamiento, ni se predica tampoco del acto individual de voto, proferido directamente o a través de apoderado. El análisis del asunto,

[20] *"La expresión "válidamente" que se utiliza en el artículo 182 del Código de Comercio corresponde al copioso aporte de impropiedades que hicieron algunos expertos de dicho código, porque la convocación no es condición de validez, sino de existencia, de las reuniones de asamblea general. Como se dice en el artículo 190 del Código, la falta de convocación, lo mismo que la falta de quórum, hacen ineficaces las decisiones, por cuanto no emanan de una verdadera asamblea, ya que esta solo tiene existencia legal cuando se convoca debidamente y cuando concurre el número de socios que constituye el quórum. De manera pues, que cuando están presentes todos los socios pueden deliberar como en verdadera asamblea, sin necesidad de convocación, puesto que esta no es necesaria, por estar asegurado o conseguido de antemano el fin perseguido con la convocación. En tal hipótesis hay decisiones de la asamblea, mas no por eso son válidas, pues que su validez sigue subordinada a que no se excedan los términos de los estatutos y a que se adopten con la mayoría decisoria del caso. Y, si se adoptan decisiones en una reunión no convocada y a la cual no concurran todos los socios, no puede decirse que sean simplemente nulas o no válidas, sino que son ineficaces, por no emanar de una verdadera reunión de asamblea". Pinzón Gabino,. ob.cit. Pg 133.*





en consecuencia, no debe centrarse en establecer si el acto de apoderamiento forma parte o no de un mandato, o en general si es inválido o ineficaz, o ratificable o no, como quiera que, se repite, lo viciado con la ineficacia es la decisión que se pretendió derivar de una reunión cuyo quórum resultó afectado por la violación del artículo 185 del C.Co. Por lo demás, de considerarse que se trata de un mandato nulo, su conversión en agencia oficiosa requiere, de conformidad con el artículo 2148 del Código Civil[21], y tal y como lo precisa don Fernando Vélez, que la buena fe del mandatario esté representada en el hecho consistente en "*que ignore la nulidad del mandato*" [22], ignorancia que en este caso es imposible, como quiera que el error en materia de derecho no admite dicha buena fe, por lo cual se excluye aquí la hipotética "*conversión*" de un acto ilegal en una agencia oficiosa eficaz, agencia ésta sugerida en su documento.

Y es necesario precisar que con la sanción de la ineficacia de la decisión no se protege el interés jurídico del poderdante frustrado, sino el de aquellos socios que podrían verse afectados por la utilización indebida de poderes y de votos por parte de los administradores. Afirma usted que en este caso ese riesgo no existe, dada la estructura accionaria de la sociedad; sin embargo, en la ley no se distinguió al respecto, y se sancionó en forma genérica con la ineficacia de la decisión cualquier defecto que mine el quórum respectivo.

A. Antecedentes Doctrinales.

1. La ratificación de un acto ineficaz ha sido negada recientemente en la doctrina por Hildebrando Leal en los siguientes términos: "*Cabe preguntarnos ahora, ¿puede ratificarse un acto ineficaz? La respuesta debe ser negativa: En primer término, porque la ley no prevé esta posibilidad habiéndola reservado para los negocios viciados de una nulidad subsanable, pues aquellos están en condiciones de producir efectos mientras no medie declaración judicial;*

[21] *Art. 2148. El mandatario que ejecuta de buena fe un mandato nulo o que por una necesidad imperiosa sale de los límites de su mandato, se convierte en un agente oficioso.*
[22] *Vélez, Fernando, Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, 2ª. Edición, tomo octavo, Imprenta París-América, París,no. 199, p. 138*

*y en segundo lugar, porque ni por su propia definición el acto ineficaz no produce efecto alguno, si se admitiera la posibilidad de su ratificación estaría reconociéndole efectos, en suspenso, al mismo, contrariando su propia naturaleza, pues no debe olvidarse que la consecuencia de la ratificación es la de hacer que el negocio jurídico ratificado genera plenos efectos desde el instante de su celebración, es decir, retroactivamente, y no desde la fecha de su ratificación..."* [23].

Por las razones expuestas, en especial en atención a la existencia de la decisión ineficaz y a la consideración de que el artículo 844 del C.Co. constituye la simple expresión de un caso en el cual es posible la ratificación retroactiva, y no la consagración taxativa de la única hipótesis admitida en la ley, no se comparte la respetable opinión transcrita. La ratificación está prevista en la ley, de manera general en materia de actos relativamente nulos; en el caso de la inexistencia, en el ya comentado art. 898 del C.Co.; e, igualmente, en el evento de ineficacia previsto en el art. 390 del C.Co.. El alcance retroactivo de la misma, descartado en los supuestos de dichos artículos 898 y 390 del C.Co., no tiene por qué negarse a priori en todos los actos ineficaces; su viabilidad depende de cada caso concreto y siempre supone el respeto a los derechos de terceros. En el caso de las decisiones sociales ineficaces, esta Superintendencia estima que la presencia de todos los asociados en una pretendida reunión universal, fallida como consecuencia de la indebida representación de uno o más asociados o una o más de las acciones o cuotas, permite que todos los asociados se reúnan de nuevo, esta vez directamente todos o debidamente representados, y actuando en forma de asamblea o junta de asociados ratifiquen la decisión que resultó ineficaz como consecuencia del defecto en la representación de uno o varios de ellos; y dicha ratificación puede ser retroactiva si así lo decide la asamblea, si la materia de la decisión así lo permite y si con ello no se afecta a ningún tercero.

[23] *Leal, Hildebrando, Derecho de Sociedades Comerciales, Ed. Leyer, 2ª. Ed. Bogotá, 1999, ps. 251-252*





2. Es pertinente traer a cuento la importante sentencia del Consejo de Estado relacionada con una resolución proferida por esta entidad a propósito de una decisión de la sociedad Expreso Trejos Ltda., i) se presentó una falla en materia de convocatoria; ii) existió una deficiencia en materia de representación que no desintegró el quorum pero sí produjo irregularidades en la mayoría decisoria; iii) y el socio indebidamente representado, quien concurrió a través del representante a pesar de la falla en la convocatoria, posteriormente expresó su ratificación.

Dijo el Consejo en esa oportunidad:

"*La convocación formal tiene la finalidad de dar noticia al asociado para que éste pueda ejercer la plenitud de sus derechos concurriendo con su voluntad a integrar la voluntad colectiva y de evitar que puedan realizarse reuniones a espaldas de uno o más titulares del interés social. Por consiguiente es preciso entender que el rigor formal de la ley y de los estatutos está ordenado al cumplimiento de la finalidad fundamental que se persigue; en tal virtud, la pura forma no puede tener una significación jurídica superior a esa finalidad. Por manera que si la finalidad de dar y recibir la noticia se cumple con una anterioridad razonable a la verificación de la asamblea o junta general, no se justificaría un sacrificio de lo esencial en aras de un simple formulismo.*

*En el caso de autos, está probado suficientemente que la señora de Guzmán tuvo noticia oportuna de las reuniones y del objeto de las mismas; lo cual le permitió otorgar una representación con suficientes poderes para participar en las decisiones, más aún, la ultima reunión fue convocada a instancia suya y fue en ésta donde se decidió el negocio de las acciones. Esta circunstancia le permite concluir a la sala que como no se vulneró la finalidad de lo preceptuado en el artículo 186 sobre convocatoria, no es acertada la conclusión de la Superintendencia sobre la ineficacia de las decisiones adoptadas en las reuniones de que se ha hecho mérito.*

*Segundo. Conforme al artículo 18 de los estatutos de la sociedad y al artículo 427 deL Código de Comercio, constituye quórum decisorio la mitad más uno del número total de derechos en que se divide la sociedad, haciendo abstracción de la señora Guzmán quien se hizo representar por una persona que tenía la calidad de miembro de la junta directiva. La verdad demostrada en autos es que la reunión se realizó con la presencia de un 75% de las cuotas en que se divide el interés social, por lo cual ha de concluirse que no se configuró violación de lo preceptuado en el artículo 186 del C. de Co., y que por ende las decisiones adoptadas, no están afectadas de la ineficacia prevista en el artículo 190 ibidem.*

*Tercero. Con respecto a la mayoría necesaria para decidir en relación con la cual el artículo 190 preceptúa la nulidad de los actos que se adopten sin el cumplimiento de esa exigencia, estima la sala lo siguiente:*

*La indebida representación de la señora de Guzmán significa que su voluntad no pudo expresarse válidamente en las reuniones, por lo cual los votos correspondientes no deben tenerse en cuenta. Así las cosas, resulta que las decisiones no fueron unánimes, sino adoptadas por una mayoría de las ¾ partes del interés social, que supera la mayoría absoluta de los votos presentes, prevista en el artículo 427 del C. de C.*

*Pero sea como fuere, es lo cierto que una deficiencia en relación con la mayoría para decidir, en ningún caso genera ineficacia de la decisión, sino nulidad de la misma, que solo puede ser declarada judicialmente, a instancia de parte interesada (artículo 190 del C. de C.).*

*En los autos está acreditado que con posterioridad a la decisión de la junta de socios la señora de Guzmán suscribió la escritura por medio de la cual se formalizó la negociación de acciones autorizada por la mayoría de los asociados. Es evidente que desde el punto de vista formal nada agrega esta expresión de voluntad a lo ya decidido, pero no se puede desconocer que en lo sustancial, ello pone de presente su conformidad con lo acordado y, por tal razón no podría siquiera pensarse que se hubiera resuelto algo contra su propio querer o contra sus intereses, pues en el caso contrario no sólo habría suscrito la negociación, sino que disponiendo de la posibilidad jurídica de impugnación ante los jueces competentes, en los términos prescritos en el C. de C., habría ejercitado el derecho de acción.*

*Por lo demás tampoco debe perderse de vista que lo hecho a través de un mandato deficiente, fue ratificado por el demandante, según consta en escritura pública y que esta voluntad tiene efecto retroactivo en cuanto no lesione derechos de terceros (artículo 844 de C. de c.) "Ratihabitio mandatu equiparatur".*

*Con respecto a las consideraciones del señor fiscal 1°. en torno al fenómeno jurídico de la inexistencia, la primera se predica de los negocios jurídicos cuando se celebraron sin las solemnidades sustanciales que la ley exige para su formación o cuando falte alguno de sus elementos esenciales (artículo 898 del C. de Co.). En cambio la ineficacia es un fenómeno jurídico que está referido a la ejecutoriedad del acto, en cuanto no puede producir efectos sin necesidad de declaración judicial (artículo 897 ibídem). La ineficacia puede ser total o parcial; ejemplo de ésta última es la inoponibilidad frente a terceros cuando no se han cumplido los requisitos de publicidad que la ley exija (artículo 901).[24]".*

*[24] CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Carlos Galindo Pinilla. Ref 2379. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES- 50 AÑOS, Compilación de Jurisprudencia sobre Sociedades, Tomo I. 1980. Pags 316, 317, 318*





Estima la Superintendencia que el antecedente jurisprudencial anotado, a pesar de las diferencias que presenta respecto del caso que aquí se estudia, pone de relieve la posibilidad de examinar la finalidad de las disposiciones legales que consagran los requisitos de los cuales depende la eficacia de las decisiones sociales, de manera que en el evento en que todos los socios expresan en forma directa y reflexiva un voto con el propósito de adoptar una decisión social, y la misma resulta ineficaz como consecuencia de la desintegración del quorum universal ocasionada por una violación al artículo 185 del C.Co., nada impide la ratificación social de la misma. Si se tratara de un caso de nulidad, como el analizado por el Consejo, la falla en la representación no impide la ratificación; y en la protección a los derechos de todos los asociados que se expresa en las reglas sobre integración y funcionamiento de las asambleas no se encuentra ninguna razón para impedir que esa misma ratificación pueda ser decidida por todos ellos para subsanar la misma falla, sólo que, como en este caso, para reparar una ineficacia, como quiera que en el evento que aquí se estudia la nulidad relativa del apoderamiento individual afectó el quórum.

## III. El caso concreto: la ineficacia de la decisión de fusión de la sociedad

Con base en lo expuesto, se requiere examinar si en este caso la naturaleza de la decisión ineficaz , consistente en la aprobación del compromiso de fusión, admite una ratificación retroactiva, y si , de ser posible, la misma no afecta a ningún tercero.

La doctrina nacional coincide en describir la fusión como un negocio complejo que involucra una serie de actos y etapas [25]; para lo que aquí interesa, hay que examinar la función y alcance de la aprobación del compromiso de fusión por parte de las asambleas o juntas de asociados de las sociedades involucradas en la operación, al igual que los derechos que en la ley se conceden a los acreedores y socios de la sociedad o sociedades absorbidas.

*[25] crf. Pinzón, Gabino. Ob. Cit. p. 298; Narváez, José Ignacio, Ob. Cit., p.204; Reyes Villamizar, Francisco, Transformación, Fusión y Escisión de Sociedades, Ed. Temis, Bogotá, 2000, ps. 115-117*

A. El compromiso de fusión es, en primera instancia, proyectado y convenido o estipulado entre los administradores de las compañías involucradas, y corresponde a una etapa preparatoria o preliminar de la fusión, como quiera que el mismo se somete posteriormente a la aprobación de las respectivas asambleas y juntas. En la ley se regula en forma especial la convocatoria a la correspondiente reunión y se exige, so pena de ineficacia de la decisión, que la información relevante sea puesta a disposición de los asociados, a quienes debe recordárseles en la convocatoria que la fusión es uno de los supuestos en los cuales puede ser procedente el ejercicio del derecho de retiro por parte de los socios disidentes.

   Es conveniente señalar que en la ley no se establecen plazos de ninguna índole para concertar el compromiso o para someterlo a consideración de las respectivas asambleas o juntas; y, adicionalmente, se debe destacar que la decisión de cada asamblea es diferenciable respecto de la de la otra u otras asambleas involucradas, pues independientemente de que a todas se les deba someter a consideración el mismo compromiso, cada una de ellas debe cumplir con los requisitos legales y estatutarios del caso, sin que exista tampoco la obligación de surtir simultáneamente las aprobaciones del compromiso o la necesidad de llevarlas a cabo en un determinado plazo.

B. Aunque la ineficacia de la decisión de aprobación del compromiso respectivo por parte de la asamblea de una de las sociedades involucradas no deja sin efectos la aprobación del compromiso por parte de la otra u otras asambleas, es evidente que ella impide hablar de un compromiso del cual sea parte la sociedad cuya decisión resulta ineficaz. En consecuencia, para los acreedores de dicha sociedad podría parecer inane el paso subsiguiente, a saber, el aviso al público de la aprobación del compromiso previsto en el artículo 174 del C.Co., y la comunicación del acuerdo de fusión a los acreedores en los mismos términos del inciso segundo del artículo 5 de la ley 222 de 1995.





Sin embargo, existen dos circunstancias que deben ser consideradas. La primera de ellas se refiere al hecho de que para los acreedores de la otra sociedad comprometida en el proceso de fusión, la cual sí tomo una decisión eficaz, es exactamente igual la situación aparente de aprobación de un compromiso por parte de ambas sociedades, que aparecía a los ojos de los acreedores de al primera, como quiera que el aviso al publico y a los acreedores se surtió frente a todos ellos en unas condiciones que no les permitían verificar si las decisiones de ambas sociedades eran eficaces y validas, y con base en tal aviso en este caso ningún acreedor de ninguna de las dos sociedades ejercicio el derecho que le concede la ley para salvaguardar su interés frente a fusiones que puedan desmejorar la posibilidad de pago de sus acreencias.(CCo. Art 175).

Así las cosas, el hecho de que el compromiso no se haya perfeccionado como consecuencia de la ineficacia de la decisión aprobatoria de una de las sociedades, no impidió que los acreedores de ambas compañías renunciaran tácitamente a su derecho a exigir garantía. Y como quiera que la razón de ser del aviso no es nada distinto de proteger a dichos acreedores, en la medida en que dicha protección ya se surtió, resulta posible dejar a salvo este aspecto del tramite, y darlo por surtido una vez que opere la ratificación retroactiva de la aprobación del compromiso por parte de la sociedad cuya decisión da lugar a estos comentarios.

C. Adicionalmente, en el caso en cuestión la decisión unánime de los socios de todas las sociedades, al igual que su intención igualmente unánime, de ratificar la decisión ineficaz y, en general, la aprobación del compromiso, hace innecesario preguntarse si ratificación aquí estudiada afecta o no los derechos de los socios disidentes consistentes en impugnar la decisión ineficaz o de impugnar el derecho de retiro por esta razón, la ratificación tampoco afecta derecho alguno de parte de los socios.

## IV. CONCLUSION

Con base en lo expuesto, la Superintendencia considera legalmente viable la ratificación de la decisión en cuestión mediante una decisión otra vez adoptada por la totalidad de los asociados, bien sea en una reunión universal o en una reunión convocada para tal efecto. Y entiende la Superintendencia que en este caso la ratificación puede producir efectos retroactivos, como quiera que no afecta ningún derecho de terceros, y puesto que la unanimidad, a su vez, garantiza que no hay socios disidentes de por medio.

Lo anterior sin perjuicio de que la operación sólo produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción en el registro mercantil, de acuerdo con la regla general prevista en el inciso segundo del artículo 158 del C. Co., aplicable a la formalización de las fusiones en atención a su tratamiento legal como reformas estatutarias.
(Oficio 320-44695 de Julio 13 de 2000)



ISBN 958-678-018-X
SEPTIEMBRE DE 2000

Superintendencia de Sociedades
027648

La Superintendencia de Sociedades
Realizó la reimpresión de la obra
**"Doctinas y Conceptos Jurídicos"**

CARLOS MANUEL PINEDA RODRÍGUEZ
**Coordinador Grupo de Publicaciones**

NANCY ARIAS RODRÍGUEZ
MYRIAM LUZCETTY SABOGAL PRIETO
**Pre-Prensa Digital**

RICARDO LEÓN ALMEIDA ANGARITA
**Impresión**

FERNANDO LUIS CALAO GONZÁLEZ
JOSÉ HUMBERTO GUZMÁN
**Encuadernación y Acabados**

**SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**
**2003**