



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

Más empresa,
más empleo

Boletín

Conceptos Jurídicos emitidos por la Superintendencia de Sociedades

Septiembre 2022

Oficio 220-203577 del 8 de septiembre de 2022



Doctrina: **Acuerdo de reorganización dentro del proceso de liquidación judicial**

Planteamiento

“En una sociedad comercial que adelantó un proceso de liquidación judicial bajo el amparo de la Ley 1116 de 2006, y conforme lo establece el artículo 66 ibídem, fue confirmado por el Juez de Insolvencia un acuerdo de reorganización dentro del citado proceso de liquidación judicial.

Estando ya la sociedad en ejecución del acuerdo descrito y en desarrollo de su objeto social, ¿Puede la Asamblea General de Accionistas como máximo órgano de dirección, en desarrollo de sus facultades, designar para desempeñar el cargo de representante legal principal de la sociedad ya en reorganización, a quien actuó como liquidador dentro del proceso de liquidación judicial, antes de que se haya aprobado la rendición final de cuentas y de gestión del auxiliar de la justicia en el proceso de liquidación judicial, por parte del Juez de Insolvencia. O, en su defecto existe alguna incompatibilidad para desarrollar el cargo encomendado por la Asamblea General de Accionistas y/o algún eventual conflicto de intereses?”



Posición doctrinal

El artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, establece los efectos que se producen por la apertura del proceso de liquidación judicial, en los siguientes términos:

“Artículo 50. Efectos de la apertura del proceso de liquidación judicial. La declaración judicial del proceso de liquidación judicial produce:

(...)

2. La cesación de funciones de los órganos sociales y de fiscalización de la persona jurídica, si los hubiere.

3. La separación de todos los administradores.

(...)”

Por su parte, el artículo 66 de la Ley 1116 de 2006, regula lo concerniente a la celebración de un acuerdo de reorganización dentro del proceso de liquidación judicial:

“Artículo 66. Acuerdo de reorganización dentro del proceso de liquidación judicial.

Aprobado el inventario valorado, la calificación y graduación de créditos y los derechos de voto, el liquidador o quienes representen no menos del treinta y cinco por ciento (35%) de los derechos de voto admitidos, podrán proponer la celebración de un acuerdo de reorganización, para lo cual, el juez del concurso, convocará a una audiencia. A este acuerdo, le serán aplicables en lo pertinente las reglas previstas en esta ley para el acuerdo de reorganización.

En caso de incumplimiento del acuerdo de reorganización, será reiniciado el proceso de liquidación judicial.

La decisión que deba tomar el máximo órgano social frente al representación legal de la sociedad que ha celebrado el acuerdo de reorganización.”

Por lo tanto, la declaración judicial del proceso de liquidación judicial trae consigo la cesación de las funciones de los órganos sociales y la separación de todos los administradores.

Ahora, en el evento que sea confirmado un acuerdo de reorganización dentro de

un proceso de liquidación judicial, es posible obtener, entre otras, las siguientes conclusiones:

- Finaliza el estado de liquidación judicial de la sociedad para volver a su estado de activa que la faculta para el cumplimiento del acuerdo de reorganización correspondiente.
- Terminan las funciones del auxiliar de la justicia que fungió como liquidador.
- Se restablecen las funciones de los órganos sociales de la sociedad (asamblea de accionistas o junta de socios) y, en ese sentido, dicho órgano deberá proceder a designar a los administradores a que hubiere lugar.
- Eventualmente, la persona que fungió como liquidador podría ser considerada para la designación como representante legal de la sociedad, por parte del máximo órgano social. Sobre este aspecto, debe tenerse en cuenta que tal designación no se hace en función de ser auxiliar de la justicia, sino como administrador escogido por el ente societario, y sobre el cual recaerán las responsabilidades generales establecidas en la ley para los administradores.
- Si bien, en principio, no se observan incompatibilidades o conflictos de interés que se puedan presentar por el solo hecho de haber fungido como liquidador de la sociedad, tales situaciones deberán ser analizadas en cada caso particular por el máximo órgano social previo a la designación del administrador.

Oficio 220- 205705 del 12 de septiembre de 2022



Doctrina: **Causal de disolución por el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha**

Planteamiento

1. “¿Los indicadores que contempla la Ley 854 de 2021 para establecer deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia son aplicables a las Empresas Sociales del Estado (ESE), Empresas Industriales y Comerciales del Estado (E.I.C.E.) y Establecimientos Públicos del Departamento del Valle del Cauca o excluye a estos últimos?”
2. ¿La Ley 854 de 2021 reemplaza lo señalado en el artículo 3 de la Ley 1116 de 2006 en lo que respecta a la exclusión del Régimen de Insolvencia de las entidades de derecho público, entidades territoriales y descentralizadas?”



Posición doctrinal

“1. ¿Los indicadores que contempla la Ley 854 de 2021 para establecer deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia son aplicables a las Empresas Sociales del Estado (ESE), Empresas Industriales y Comerciales del Estado (E.I.C.E.) y Establecimientos Públicos del Departamento del Valle del Cauca o excluye a estos últimos?”

En primer lugar, es preciso señalar que la Ley 2069 de 2020, introdujo en el ordenamiento jurídico la causal de disolución por el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha aplicable a las sociedades comerciales, conforme a lo previsto en su artículo 4.

A partir de la norma, se observa que su inciso tercero estableció la obligación que tienen los administradores de convocar al máximo órgano social de manera inmediata, cuando del análisis de los estados financieros y las proyecciones de la sociedad se puedan establecer deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia. Del mismo modo, el referido inciso facultó al Gobierno nacional para reglamentar las razones financieras o criterios para identificar posibles deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia.

En virtud de la referida potestad y para reglamentar el tema, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 854 de 2021 modificado por el Decreto 1378 de 2021. Se aclara entonces que la norma objeto de su consulta no es una ley si no un decreto.

Ahora bien, con el fin de determinar si los indicadores contemplados en el Decreto 1378 de 2021, así como la causal disolución por el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha les son aplicables tanto a las Empresas Sociales del Estado, a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, así como a los Establecimientos Públicos, es necesario identificar la naturaleza jurídica de cada uno de estos.

Partimos de la base de que el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 38. INTEGRACIÓN DE LA RAMA EJECUTIVA DEL PODER PÚBLICO EN EL ORDEN NACIONAL. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

- a) La Presidencia de la República;
- b) La Vicepresidencia de la República;
- c) Los Consejos Superiores de la administración;
- d) Los ministerios y departamentos administrativos;
- e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

2. Del Sector descentralizado por servicios:

- a) Los establecimientos públicos;
- b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
- d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
- e) Los institutos científicos y tecnológicos;
- f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;
- g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

PARÁGRAFO 1o. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado. (...)"

Por su parte, artículo 52 de la Ley 489 de 1998 dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 52. DE LA SUPRESIÓN, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE ENTIDADES U ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS NACIONALES. El Presidente de la República podrá suprimir o disponer la disolución y la consiguiente liquidación de entidades y organismos administrativos del orden nacional previstos en el artículo 38 de la presente ley cuando:

1. Los objetivos señalados al organismo o entidad en el acto de creación hayan perdido su razón de ser.
2. Los objetivos y funciones a cargo de la entidad sean transferidos a otros organismos nacionales o a las entidades del orden territorial.
3. Las evaluaciones de la gestión administrativa, efectuadas por el Gobierno Nacional, aconsejen su supresión o la transferencia de funciones a otra entidad.
4. Así se concluya por la utilización de los indicadores de gestión y de eficiencia que emplean los organismos de control y los resultados por ellos obtenidos cada año, luego de realizar el examen de eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad o el

examen de los resultados para establecer en qué medida se logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración en un período determinado.

5. Exista duplicidad de objetivos y/o de funciones esenciales con otra u otras entidades.

6. Siempre que como consecuencia de la descentralización de un servicio la entidad pierda la respectiva competencia.

PARÁGRAFO 1o. El acto que ordene la supresión, disolución y liquidación, dispondrá sobre la subrogación de obligaciones y derechos de los organismos o entidades suprimidas o disueltas, la titularidad y destinación de bienes o rentas, los ajustes presupuestales necesarios, el régimen aplicable a la liquidación y, de conformidad con las normas que rigen la materia, la situación de los servidores públicos.

PARÁGRAFO 2o. Tratándose de entidades sometidas al régimen societario, la liquidación se regirá por las normas del Código de Comercio en cuanto fueren compatibles con la naturaleza de la entidad cuya liquidación se realiza.”

A su vez, el artículo 76 de la Ley 489 de 1998, dispone lo siguiente respecto de los Establecimientos Públicos:

“ARTÍCULO 70. ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS. Los establecimientos públicos son organismos encargados principalmente de atender funciones administrativas y de prestar servicios públicos conforme a las reglas del Derecho Público, que reúnen las siguientes características:

- a) Personería jurídica;
- b) Autonomía administrativa y financiera;



c) Patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes, el producto de impuestos, rentas contractuales, ingresos propios, tasas o contribuciones de destinación especial, en los casos autorizados por la Constitución y en las disposiciones legales pertinentes.”

Del mismo modo, el artículo 83 de la Ley 489 de 1998, define a las Empresas Sociales del Estado en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 83. EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. Las empresas sociales del Estado, creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, la Ley 344 de 1996 y en la presente ley en los aspectos no regulados por dichas leyes y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen.”

Finalmente, con relación a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, el artículo 85 de la misma ley establece:

“ARTÍCULO 85. EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO. Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:

- a) Personería jurídica;
- b) Autonomía administrativa y financiera;
- c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución.

El capital de las empresas industriales y comerciales del Estado podrá estar representado en cuotas o acciones de igual valor nominal.

A las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta se les aplicará en lo pertinente los artículos 19, numerales 2o., 4o., 5o., 6o., 12, 13, 17, 27, numerales 2o., 3o., 4o., 5o., y 7o., y 183 de la Ley 142 de 1994.

PARÁGRAFO. Las disposiciones legales que protegen el secreto industrial y la información comercial se aplicarán a aquellos secretos e informaciones de esa naturaleza que desarrollen y posean las empresas industriales y comerciales del Estado.”

Con base en las normas señaladas, es posible concluir que, en principio, a partir de la naturaleza jurídica de las Empresas Sociales del Estado, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y los Establecimientos Públicos, no les es aplicable la casual de disolución por el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha, ni las alertas y criterios sobre deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia establecidos en el Decreto 854 de 2021 modificado por el Decreto 1378 de 2021.

“2. ¿La Ley 854 de 2021 reemplaza lo señalado en el artículo 3 de la Ley 1116 de 2006 en lo que respecta a la exclusión

del Régimen de insolvencia de las entidades de derecho público, entidades territoriales y descentralizadas?”

El Decreto 854 de 2021 modificado por el Decreto 1378 de 2021 determinó las alertas y criterios sobre deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia, en desarrollo de lo establecido en el artículo 4 de la Ley 2069 de 2020.

Sin perjuicio de que un decreto reglamentario no puede modificar una ley, se pone de presente que el Decreto 854 de 2021 modificado por el Decreto 1378 de 2021 en ningún punto modifica o se refiere a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1116 de 2006, norma esta última que se encuentra vigente y que indica que no están sujetas al régimen de insolvencia, entre otras, las sociedades de capital público, las empresas industriales y comerciales del Estado nacionales y de cualquier nivel territorial, las entidades de derecho público, las entidades territoriales y descentralizadas y las empresas de servicios públicos domiciliarios.

Oficio 220-207267 del 15 de septiembre de 2022



Doctrina: **SAGRILAF – Cámaras de comercio – Entrega de información mercantil a sujetos relacionados en listas vinculantes**

Planteamiento

1. “En el desarrollo de nuestras funciones, debemos atender solicitudes de usuarios en las cuales se solicita venta de información, de bases de datos o entrega de la misma a título gratuito de acuerdo a lo definido por la Superintendencia de Industria y Comercio vía Circular Externa No. 003 del 19 de diciembre de 2019.
2. Previo a la entrega de la información empresarial, se procede a realizar una consulta individual en las listas restrictivas a nivel nación e internacional de las personas a las cuales se les va entregar esta información.
3. De lo anterior, queremos elevar la presente consulta, sobre cómo proceder en la eventualidad de que una persona que solicite el acceso de esta información arroje una alerta en las listas restrictivas nacionales o internacionales, cuáles serían las consecuencias legales respecto a la inclusión de una persona o sociedad en una lista restrictiva a nivel nacional e internacional. Lo anterior con el fin de poder tener un concepto claro y una eventual fundamentación jurídica para actuar en estas eventuales circunstancias para entregar la información solicitada por el usuario.
4. ¿En la eventualidad de tener conocimiento sobre la inclusión de un usuario en alguna de las listas restrictivas a nivel nacional o internacional, estamos obligados a reportar ante las autoridades o entidad estatales? y ¿Ante qué autoridades o entidades estatales?”

Posición doctrinal

“1. ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas o restricciones respecto a las personas o sociedades incluidas en las listas restrictivas para acceder a información empresarial o celebrar contratos o convenios?”

“2. ¿Cuáles son las listas restrictivas a nivel nacional e internacional vinculantes en Colombia?”

Parte esta Oficina mencionando que desde el pasado 1 de enero de 2022 la Superintendencia de Sociedades asumió las funciones de inspección, vigilancia y control sobre las cámaras de comercio en los mismos términos que tal supervisión venía siendo adelantada por su homóloga de industria y comercio, condición que les situó en posición de asumir, voluntariamente, la adopción de un sistema de prevención de riesgos de lavado de activos, financiación del terrorismo y financiación de proliferación de armas de destrucción masiva, diseñado en los términos señalados por esta Entidad a través del Capítulo X de su Circular Básica Externa 100-000005 de 2017, modificada por las Circulares 100-0000016 del 24 de diciembre de 2020, 100-000004 del 9 de abril de 2021 y 100-000015 de 24 de septiembre de 2021.

Dicho sistema persigue evitar que los sujetos supervisados por la Superintendencia de Sociedades sean utilizados por terceros como medio para adelantar actividades de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva.

Por supuesto, la efectividad de dicho sistema dependerá del juicioso análisis que para su diseño personalizado efectúen los sujetos obligados, que debe partir de un enfoque basado en la materialidad de los riesgos propios, teniendo en cuenta las operaciones, productos, servicios y contratos que lleve a cabo o pretenda desarrollar, así como sus contrapartes y los beneficiarios finales de éstas, al igual que los

países o áreas geográficas de operación, canales y demás características que le particularicen.

Dentro de los sujetos que voluntariamente pueden adoptar tal sistema se encuentran las cámaras de comercio, organismos que, en tal caso, deberán supeditar la suscripción de convenciones en las que participen, a que los potenciales clientes o contrapartes superen el análisis que plantea su sistema de prevención de LA/FT/FPADM, de tal suerte que se evite al máximo que se presten las aludidas entidades de registro para la comisión de dichos tipos penales. Tal análisis incluye, entre otros, descartar que las contrapartes hagan parte de las listas vinculantes.

Lo anterior, no aplica para la prestación de los servicios prestados por las cámaras de comercio que se relacionen con información pública.

Ahora, resulta importante precisar que las listas que resultan de obligatoria consulta dentro del proceso de debida diligencia del conocimiento de clientes y terceros para efectos de prevención de LA/FT/FPADN son las llamadas listas **vinculantes**, no las listas conocidas como **restrictivas** que cita en su consulta.

Conforme se menciona en el glosario contemplado en el Numeral 2º del mencionado Capítulo X de la Circular 100-000005 de 2017, las listas vinculantes “(...) son aquellas listas de personas y entidades asociadas con organizaciones terroristas que son vinculantes para Colombia bajo la legislación colombiana (artículo 20 de la Ley 1121 de 2006) y conforme al derecho internacional, incluyendo pero sin limitarse a las Resoluciones 1267 de 1999, 1373 de 2001, 1718 y 1737 de 2006, 1988 y 1989 de 2011, y 2178 de 2014 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y todas aquellas que le sucedan, relacionen y complementen, y cualquiera otra lista vinculante para Colombia (como las listas de terroristas de los Estados Unidos

de América, la lista de la Unión Europea de Organizaciones Terroristas y la lista de la Unión Europea de Personas Catalogadas como Terroristas)(...)".

Existen otro tipo de listas que, aunque no son obligatorias puesto que no están reconocidas por el Estado colombiano mediante la suscripción de algún tratado internacional, son consultadas por las compañías que así lo prevén en sus sistemas de prevención del riesgo de LA/FT/FPADM, denominadas listas no vinculantes, o restrictivas, las cuales son emitidas por empresas particulares nacionales o extranjeras o bien por organismos o gobiernos extranjeros.

Así las cosas, en cuanto corresponde a las consecuencias derivadas para personas naturales o jurídicas relacionadas en alguna de las denominadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas como listas vinculantes, se encuentra la negativa de los sujetos que adoptan cualquier tipo de sistema de prevención de LA/FT/FPADM, a establecer vínculos jurídicos con éstos a través de la suscripción de contratos. Esto, sin mencionar el conjunto de medidas sancionatorias a que alude el

Artículo 41 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, ONU, distintas al empleo de fuerza armada, con que se empodera a su Comité de Seguridad para hacer efectivas las medidas de prevención de tales delitos.

“3. ¿Se puede negar el acceso a información empresarial a personas que se encuentren incluidas en listas restrictivas a nivel nacional o internacional, sin vulnerar el principio de igualdad de las personas y no considerarse un acto discriminatorio?”

Sobre este particular se recaba en que el fin perseguido por los sistemas de prevención de LA/FT/FPADM, en procura de la defensa de intereses superiores y públicos, es el de evitar que los sujetos obligados a adoptarlos, o que voluntariamente los adopten, sirvan de medio para la comisión de tales tipos penales. Frente a lo trascendente de tal labor preventiva, considera esta Oficina que no se presenta un trato discriminatorio por parte de un sujeto que atienda a su propio sistema de prevención de LA/FT/FPADM cuando este mismo se niegue a suscribir, o dar por terminada, cualquier tipo de convención con este.



Tal negación obedece a la autodeterminación con que cuenta un sujeto de aceptar, o no, participar en situaciones conjuntamente con personas sospechosas de LA/FT/FPADM.

Conviene precisar, en lo que corresponde a la Circular 003 del 19 de diciembre de 2019 de la Superintendencia de Industria y Comercio, traída a colación en la consulta, que la misma fue derogada por la Circular 100-000002 del 25 de abril de 2022 expedida por esta Superintendencia; no obstante, de la primera subsiste en el texto de la última, como uno de los deberes de las cámaras de comercio respecto de sus usuarios, el siguiente:

“1.1.1.14. Las cámaras de comercio deberán permitir de forma gratuita la consulta directa de toda la información de los archivos y libros de los registros públicos, aun cuando se encuentren sistematizados. Los usuarios podrán hacer la consulta de los documentos y expedientes en las sedes físicas dispuestas por la cámara de comercio y a través de su página web y/o del portal del Registro Único Empresarial y Social (RUES).”

Por lo anterior, bajo ninguna circunstancia podrá negarse el acceso a la información y archivos de carácter público, a menos que se trate de las bases de datos empresariales que incorporen datos de otras fuentes a las del registro público, en estos casos las cámaras de comercio podrán limitar la venta de su información de acuerdo con sus políticas o con los lineamientos establecidos en el sistema de prevención de LA/FT/FPADM que voluntariamente adopte la entidad cameral.

“4. ¿En la eventualidad de tener conocimiento sobre la inclusión de un usuario en alguna de las listas restrictivas a nivel nacional o internacional, estamos obligados a reportar ante las autoridades o entidad estatales? y ¿Ante qué autoridades o entidades estatales?”

Se tiene previsto que los sujetos que cuenten con su propio sistema de prevención LA/FT/FPADM reporten ante la UNIDAD DE INFORMACIÓN Y ANÁLISIS FINANCIERO, UIAF, **operaciones sospechosas**, lo cual no incluye el reportar personas naturales o jurídicas por el hecho que se encuentren relacionadas en listas vinculantes.

Por operación sospechosa se tiene “(...) aquella operación que por su número, cantidad o características no se enmarca dentro del sistema y prácticas normales del negocio, de una industria o de un sector determinado y, además que de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad que se trate, no ha podido ser razonablemente justificada (...)”.

Así las cosas, lo que resulta objeto de obligatorio reporte ante la mencionada unidad es aquel contrato, negocio, trato, convenio, entre otros, que en los términos antes descritos generen sospecha al sujeto que cuenta con un sistema de prevención de LA/FT/FPADM y del que tenga conocimiento en razón del ordinario giro de sus actividades.

Oficio 220-208492 del 19 de septiembre de 2022



Doctrina: **SAGRILIFT - Estructura** **de titularidad o propiedad**

Planteamiento

1. “Solicito amablemente se defina qué entiende la Superintendencia de Sociedades por “estructura de titularidad” y, “estructura de propiedad”, dentro del marco de la Circular 100-000016 de 2020, dado que dichos términos pueden dar lugar a confusión entre sí.
2. Aclare qué información y/o documentos deben entregar las empresas con el fin de que su contraparte pueda conocer su estructura de propiedad y/o de titularidad.”

Posición doctrinal:

En primer lugar, es preciso recordar que las expresiones objeto de consulta se hayan contenidas en los numerales 5.3.1 y 6.2 de la Circular Externa 100-000016 de 2020, disposiciones que guardan concordancia con las recomendaciones 10, 24 y 25 del Grupo de Acción Financiera – GAFI, en torno a la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y de la proliferación de armas de destrucción masiva.

Ahora bien, el GAFI ha definido la “estructura jurídica de titularidad” como *“las personas físicas o jurídicas que, de acuerdo con las respectivas disposiciones legales de la jurisdicción, son dueños de la persona jurídica”*.

Con base en lo anterior, se debe proceder a identificar a las personas naturales o jurídicas titulares de las participaciones de la persona jurídica, estructura sin personería jurídica o similar con la que se pretenda celebrar un negocio jurídico.

Respecto de la estructura de propiedad, esta Oficina ha señalado:

“Al mencionarse la estructura de propiedad de las personas jurídicas, ésta entidad se refiere a que dichas medidas deben facilitar el conocimiento de quienes componen el capital social de la compañía y el porcentaje de propiedad de cada uno de ellos respecto de dicho capital, con la finalidad de llegar a identificar al Beneficiario Final, definido por el Capítulo X de la Circular Básica Jurídica de ésta Superintendencia, en los siguientes términos:

“Beneficiario Final: es la(s) persona(s) natural(es) que finalmente posee(n) o controla(n) a un cliente o a la persona natural en cuyo nombre se realiza una transacción. Incluye también a la(s) persona(s) que ejerzan el control efectivo y/o final, directa o indirectamente, sobre una persona jurídica u otra

estructura sin personería jurídica. Son Beneficiarios Finales de la persona jurídica los siguientes:

a. Persona natural que, actuando individual o conjuntamente, ejerza control sobre la persona jurídica, en los términos del artículo 260 y siguientes del Código de Comercio; o

b. Persona natural que, actuando individual o conjuntamente, sea titular, directa o indirectamente, del cinco por ciento (5%) o más del capital o los derechos de voto de la persona jurídica, y/o se beneficie en un cinco por ciento (5%) o más de los rendimientos, utilidades o Activos de la persona jurídica;

c. Cuando no se identifique alguna persona natural en los numerales 1) y 2), la persona natural que ostente el cargo de representante legal, salvo que exista una persona natural que ostente una mayor autoridad en relación con las funciones de gestión o dirección de la persona jurídica.”

En consecuencia, para este Despacho los conceptos de “estructura de propiedad” y “estructura de titularidad” deben ser asimilados como conceptos sinónimos para efectos de lo dispuesto en el Capítulo X de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades.

Frente a la segunda inquietud, en lo que respecta a la información y/o documentos para conocer la estructura de propiedad o de titularidad de la contraparte, se podría señalar que la información se podría referir a la composición accionaria de la sociedad que contenga la identificación de los titulares de las acciones, así como el porcentaje de dichas participaciones dentro del capital social; sin embargo, corresponderá a cada empresa en particular definir la información y documentación que solicite a efectos de cumplir con su propio sistema de autocontrol y gestión del riesgo integral de LA/FT/FPADM.



Ha de precisarse que independientemente de lo anterior, *“La identificación plena del beneficiario final se deberá efectuar por todos los medios posibles, incluyendo, pero sin limitarse, a la estructura de titularidad y control de la persona jurídica, solicitando la información relevante a la contraparte y tomando las medidas necesarias para verificar la veracidad de la información suministrada.”*

En ese sentido, se citan algunos apartes del oficio 220-090382 de 2021 proferido por este Despacho:

“Así las cosas, en el desarrollo de esta tarea, las empresas obligadas deben desplegar todas las actividades que estén a su alcance para lograr conocer en debida forma a las contrapartes y sus beneficiarios finales, hasta el punto que lo permita su sistema de prevención del riesgo y las herramientas de que disponga y hasta el punto en que la empresa obligada quede satisfecha con el conocimiento que tiene de la contraparte y su beneficiario final, para evitar celebrar con éste una operación que pueda ser fuente de LA/FT.”

Para el efecto, al momento de diseñar y definir su sistema de prevención, se debieron adquirir o desarrollar “los mecanismos, procedimientos y medidas que permitan el adecuado conocimiento de los clientes y demás contrapartes”. Estos se debieron definir en función al nivel de detalle al que la empresa obligada debe llegar para identificar, evaluar, monitorear y controlar adecuadamente los riesgos de LA/FT inherentes a su actividad.

En consecuencia, con las herramientas disponibles, cada sistema debe establecer la forma y profundidad a la que se quiere llegar para entender que se ha desarrollado un adecuado proceso de debida diligencia en el conocimiento de las contrapartes y beneficiarios finales, por lo que dependerá, en cada caso particular y para cada operación particular, el punto en el que se entiende agotado adecuadamente el proceso de debida diligencia, en aras de contar con el conocimiento más extenso posible sobre las contrapartes y beneficiarios finales, puesto que la Circular Básica Jurídica no determina expresamente ni limita los mecanismos que las empresas deban establecer para la prevención del riesgo de LA/FT.

Teniendo en cuenta que el SAGRILAFT debe ser diseñado de forma particular, de acuerdo a la situación específica de cada empresa obligada, la eficacia del diseño de medidas tales como la expuesta en ésta pregunta por el consultante dependerá para cada caso de las necesidades individuales de la empresa obligada.”

Oficio 220-216357 del 30 de septiembre de 2022



Doctrina: **Acciones privilegiadas y otros asuntos**

Planteamiento

1. “¿En el proceso de transformación de una sociedad limitada a una sociedad anónima, los socios fundadores son quienes se encuentran en la escritura de constitución de la sociedad limitada o aquellos que hacen parte en la transformación a sociedad anónima?”
2. Bajo el régimen normativo de una sociedad anónima. ¿La falta de uno o varios requisitos que trata el artículo 401 del Código de Comercio vuelve inexigible, ineficaz o nulo el título accionario?”
3. ¿Qué consecuencia genera conceder a un socio acciones y derechos diferentes al que en verdad le correspondían en el título accionario?”
4. ¿La enajenación de acciones privilegiadas entre terceros transfiere a su nuevo titular todos los derechos inherentes consagrados en una acción privilegiada?”
5. ¿La ratificación mediante la elaboración del reglamento de suscripción de acciones con la debida autorización de la Superintendencia de Sociedades, subsana la emisión y colocación de acciones privilegiadas sin el debido reglamento de suscripción de acciones?”
6. ¿La falta de uno o varios requisitos del artículo 386 del Código de Comercio en la elaboración del reglamento de suscripción de acciones y la falta de autorización de la Superintendencia de Sociedades conforme al numeral 9 del artículo 84 de la Ley 222 de 1995 hace ineficaz, nula e inexistente la venta de acciones privilegiadas entre accionistas de una sociedad anónima cerrada?”

Posición doctrinal

1. “¿En el proceso de transformación de una sociedad limitada a una sociedad anónima, los socios fundadores son quienes se encuentran en la escritura de constitución de la sociedad limitada o aquellos que hacen parte en la transformación a sociedad anónima?”

Se vislumbra de la pregunta formulada que se busca determinar si los socios que intervienen en la transformación de una sociedad limitada al tipo de anónimas son los socios que aparecen registrados como tales en la sociedad de responsabilidad limitada que se pretende transformar, o son los accionistas que tendrán la calidad de tales en la sociedad anónima resultado de la transformación.

Para atender la cuestión formulada se requiere tener presentes las disposiciones del Código de Comercio que gobiernan el proceso de transformación societaria, a saber, los artículos 162, 167, 171, 187, 356 y 360.

Así mismo, resulta pertinente traer a colación algunos apartes del Oficio 220-46129 del 30 de julio de 2000, en el cual se aborda de manera clara y precisa la situación de los posibles intervinientes en una reforma de transformación de sociedad limitada a anónima:

“Para absolver su consulta resulta pertinente traer a colación el artículo 171 del Código de Comercio, el cual es del siguiente tenor:

“Para que sea válida la transformación será necesario que la sociedad reúna los requisitos exigidos en este Código para la nueva forma de sociedad.”

Lo anterior quiere decir, que, si la forma de sociedad que se pretende adoptar es del tipo de las anónimas, necesariamente deberá reunir todos los requisitos previstos para su conformación (artículos 373 a 460 del Código de Co-

mercio), entre los cuales se encuentra, el alusivo al número de socios requerido para su formación o funcionamiento previsto en el artículo 374, el cual es del siguiente tenor:

“La sociedad anónima no podrá constituirse ni funcionar con menos de cinco accionistas.”, queriendo ello decir que, para que la transformación sea viable, es menester que el nuevo ente societario se configure con un mínimo de cinco accionistas, modificación que no es necesaria hacerse con anterioridad a la reforma que se proyecta, sino en el mismo acto de su transformación”.

“Sobre el particular expresa el profesor Gabino Pinzón en su obra Sociedades comerciales, Vol. II. Ed. Temis 1983. Pág. 11, que “no es necesario, desde luego, que la sociedad que se transforma se encuentre previamente en las condiciones indicadas, puesto que ellas pueden quedar cumplidas al tiempo de hacer la transformación; al fin y al cabo son reformas del contrato social que pueden acumularse y adoptarse al tiempo, a fin de que la sociedad se coloque en condiciones de que resulte o sea válida la transformación, ya que el cumplimiento de tales exigencias es necesario para la validez de la transformación según el mencionado artículo 171 del Código de Comercio.”

No obstante la anterior aclaración, considera el Despacho pertinente dilucidar el procedimiento del ingreso de nuevos asociados si este se llegare adelantar antes de su transformación, o, por el contrario, concomitante a la misma: Para completar el número mínimo de socios, bien pueden admitirse con anterioridad nuevos socios, o simultáneamente al momento de adoptar la transformación vincular los que sean necesarios, obviamente con los correspondientes movimientos contables, producto del incremento del capital que se efectúe y dependiendo de



la alternativa que se acoja habrá lugar al cumplimiento de las formalidades pertinentes; si bajo la modalidad de responsabilidad limitada se acepta el ingreso de nuevos socios antes de la transformación, ello supondrá el pago íntegro del valor de las correspondientes cuotas y el aumento del capital social, actos que suponen una reforma estatutaria, sujeta como tal a los requisitos estatutarios y legales pertinentes.

Si por el contrario es concomitante a la decisión de transformarse que se vinculan socios nuevos, en cuyo caso tendrán la condición de accionistas, su participación habrá de verse reflejada en la composición del capital de la sociedad como anónima dándole cumplimiento al artículo 376 del Código de Comercio, consecuente con lo cual deberá pagarse por lo menos la tercera parte del valor de cada acción que se suscriba (Artículo 384 y ss. ibídem).

A su pregunta sobre las formalidades que deben seguirse por parte de los nuevos asociados de la sociedad transformada, vale aclarar que, es el acto de transformación como tal, el que requiere, del cumplimiento de ciertos requisitos, para cuya ilustración, el Despacho se permite hacer un esbozo de

los pasos que deben seguirse para su realización:

Ante todo, la transformación de la sociedad constituye una reforma estatutaria, por lo que es menester que la junta de socios, previo cumplimiento de los requisitos legales y estatutarios pertinentes, imparta la aprobación, luego de lo cual procederá de conformidad con lo previsto en el artículo 158 del Código de Comercio, que prevé:

“Toda reforma del contrato social deberá reducirse a escritura pública que se registrará como se dispone para la escritura de constitución de la sociedad, en la cámara de comercio correspondiente al domicilio social al tiempo de la reforma. - Sin los requisitos anteriores la reforma no producirá efecto alguno respecto de terceros. Las reformas tendrán efectos entre los asociados desde cuando se acuerden o pacten conforme a los estatutos.”

Igualmente, vale anotar, que al aprobarse la transformación de la sociedad habrá de estarse a lo dispuesto en los artículos 167 a 171 del Código de Comercio que reglan sobre el asunto, los cuales hacen relación a su procedencia y efectos, derecho de retiro, responsabilidad frente a terceros, balance de transformación y requisitos para la nueva sociedad.

En lo que a la responsabilidad se refiere (ello con respecto a los socios de la sociedad que se transforma), dispone el artículo 12 de la Ley 222 de 1.965, que cuando con ocasión de la transformación se imponga a los socios mayor responsabilidad o implique una desmejora de sus derechos patrimoniales, los socios ausentes o disidentes tendrán derecho a retirarse de la sociedad.

Se entiende que hay desmejora de sus derechos patrimoniales, según lo dispuesto en el párrafo del artículo en

mención, en los siguientes eventos: 1. Cuando se disminuya el porcentaje de participación del socio en el capital de la sociedad; 2. Cuando se disminuya el valor patrimonial de la acción, cuota o parte de interés o se reduzca el valor nominal de la acción o cuota, siempre que en este caso se produzca una disminución de capital, y 3. Cuando se limite o disminuya la negociabilidad de la acción.

“Finalmente, en la escritura de transformación deberá insertarse una copia de los estados financieros...”

Con base en las disposiciones y el concepto transcritos, se procede a resolver directamente la cuestión planteada, en los siguientes términos:

1. Por regla general, las reformas estatutarias deben ser adoptadas por el máximo órgano social, integrado por quienes para el momento de la decisión ostenten la calidad de asociados de la compañía respectiva.
2. Tratándose de una reforma estatutaria de transformación societaria del tipo de sociedad limitada al tipo de sociedad anónima, resulta posible plantear diferentes escenarios, dada la exigencia imperativa de que la sociedad anónima resultante de la transformación cumpla con los requisitos establecidos en la ley:
 - a. Que la sociedad de responsabilidad limitada cuente con un número de socios no inferior a cinco, caso en el cual los socios de la misma pueden intervenir válidamente para transformarla en sociedad anónima, siempre y cuando no se haga uso del derecho de retiro que disminuya el número mínimo de cinco socios exigido para la sociedad anónima.
 - b. Que la sociedad de responsabilidad limitada tenga un número inferior a cinco socios, caso en el cual puede, a su discreción, proceder a una reforma estatu-

taria que le permita completar mínimo cinco socios y luego hacer la reforma estatutaria de transformación al tipo de sociedad anónima, o de manera simultánea vincular a la reforma estatutaria de transformación, la incorporación de los nuevos socios, que le permitan acreditar el cumplimiento de los requisitos mínimos de la sociedad anónima en los términos plantados precedentemente.

2. “Bajo el régimen normativo de una sociedad anónima. ¿La falta de uno o varios requisitos que trata el artículo 401 del Código de Comercio vuelve inexigible, ineficaz o nulo el título accionario?”

El artículo 401 del Código de Comercio establece lo siguiente en relación con la forma como el representante legal de la sociedad anónima, tiene el deber legal de expedir los títulos de las acciones:

“ARTÍCULO 401. Los títulos se expedirán en series continuas, con las firmas del representante legal y el secretario, y en ellos se indicará:

“1) La denominación de la sociedad, su domicilio principal, la notaría, número y fecha de la escritura constitutiva, y la resolución de la Superintendencia que autorizó su funcionamiento;

2) La cantidad de acciones representadas en cada título, el valor nominal de las mismas, si son ordinarias, privilegiadas o de industria, si su negociabilidad está limitada por el derecho de preferencia y las condiciones para su ejercicio;

3) Si son nominativas, el nombre completo de la persona en cuyo favor se expiden, y

4) Al dorso de los títulos de acciones privilegiadas constarán los derechos inherentes a ellas.”

En este contexto, este Despacho se ha pronunciado en el siguiente sentido cuando quiera que se presentan inexactitudes en la expedición de las acciones.

“(…) entonces si el tema se refiere al título o certificado de acciones debo preciarle, en primer lugar, que es el documento que la sociedad debe expedirle a los accionistas que hayan suscrito acciones, que será provisional o definitivo dependiendo de que se haya o no cancelado el valor total de las acciones suscritas (Arts. 399 y 400 del Código de Comercio).

Adicionalmente, el artículo 401 ss. señala el contenido de los títulos, allí se prevé (...)

“Finalmente, el artículo 402 Ib. consagra el trámite para la expedición del duplicado por hurto, robo, pérdida o deterioro del título nominativo. Entonces frente a la inquietud planteada, en el entendido que lo que se pretende es anular un título porque al accionista se le han expedido varios certificados, lo que procede es que la sociedad los recoja y los anule y en su lugar se expida un título que certifique el total de acciones de que es titular conforme lo dispone el citado artículo 401, con las anotaciones a que hubiere lugar sobre el valor nominal de las mismas (...)”

Se entiende entonces que puede ocurrir que al momento de hacer constar en los títulos los derechos que incorporan las acciones a su titular, se incurra en inconsistencias por acción o por omisión, asignando más o menos derechos de los debidos u omitiendo aquellos que les son propios, al amparo de la ley y de los estatutos sociales.

Frente a tales eventualidades, se entiende como remedio que la simple anulación de los títulos por el representante legal y la expedición de nuevos títulos que se avengan a las condiciones propias de cada accionista es suficiente para enmendar los errores cometidos.

Sin embargo, cuando quiera que se llegue a presentar conflicto por razón de tales circunstancias deberá acudir a la Jurisdicción en pro de su debida solución.

Así las cosas y como quiera que los derechos que se confieren a los accionistas proceden de la ley, de los estatutos y de las decisiones asamblearias, las inconsistencias que se presenten en los títulos de las acciones en relación con tales derechos simplemente dan lugar a su corrección para el debido ejercicio de los mismos, sin que haya lugar a tachárseles de nulos, ineficaces o inoponibles.



3. “¿Qué consecuencia genera conceder a un socio acciones y derechos diferentes al que en verdad le correspondían en el título accionario?”

Como se indicó en el aparte precedente, los derechos que la acción le confiere al asociado se encuentran establecidos en la ley, los estatutos y las decisiones asamblearias, marco jurídico que gobierna el contenido y alcance de los mismos, de conformidad con el tipo de acciones que le correspondan.

En tales condiciones, si por cualquier circunstancia el socio recibe beneficios o concesiones diferentes a los que en efec-

to le son propios por fuera de dicho marco jurídico, corresponde a la sociedad, a través de su representante legal, proceder a enmendar las inconsistencias cometidas ya sea a través de arreglo directo, a través de las decisiones a que haya lugar mediante convocatoria a la asamblea de accionistas, o a través de los medios jurisdiccionales procedentes.

4. “¿La enajenación de acciones privilegiadas entre terceros transfiere a su nuevo titular todos los derechos inherentes consagrados en una acción privilegiada?”

La cuestión planteada debe precisarse en el sentido de partir de las previsiones legales en materia de negociación de acciones privilegiadas, según las cuales debe estarse a lo que se haya definido sobre el particular en los estatutos o en el reglamento de emisión.

Así lo establece el artículo 403 del Código de Comercio:

“ARTÍCULO 403. Las acciones serán libremente negociables, con las excepciones siguientes:

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

(...)”

Se parte entonces de la base que las acciones privilegiadas admiten excepciones a la libre negociación, en tanto que su emisión busca la capitalización de la compañía a cambio de beneficios económicos y privilegios para los suscriptores, sin que con ello se afecte el equilibrio de los asociados frente al gobierno corporativo de la empresa.

Puede ocurrir que una vez suscritas, con observancia del derecho de preferencia, se mantenga la preferencia en la negociación, caso en el cual el socio suscriptor no

podría ceder libremente las acciones privilegiadas a terceros.

En consecuencia, la respuesta a la pregunta formulada consiste en señalar que la transferencia de acciones privilegiadas, en las condiciones establecidas en los estatutos, en las decisiones de la asamblea de accionistas o en el reglamento de suscripción, traslada al socio adquirente los privilegios que fueron establecidos en su creación.

5. “¿La ratificación mediante la elaboración del reglamento de suscripción de acciones con la debida autorización de la Superintendencia de Sociedades, subsana la emisión y colocación de acciones privilegiadas sin el debido reglamento de suscripción de acciones?”

No es posible la emisión de acciones privilegiadas sin que previamente se haya aprobado por la asamblea el reglamento de emisión y colocación de las mismas, así como la aprobación de los privilegios que se otorgarán a las mismas, sencillamente porque se viola una norma imperativa, que afecta con nulidad absoluta los contratos de suscripción.

En tales condiciones, tampoco resulta viable una ratificación de la emisión de acciones por parte del máximo órgano social.

6. “¿La falta de uno o varios requisitos del artículo 386 del Código de Comercio en la elaboración del reglamento de suscripción de acciones y la falta de autorización de la Superintendencia de Sociedades conforme al numeral 9 del artículo 84 de la Ley 222 de 1995 hace ineficaz, nula e inexistente la venta de acciones privilegiadas entre accionistas de una sociedad anónima cerrada?”

Como se indicó en la respuesta a la pregunta anterior, la falta de reglamento de colocación de acciones debidamente aprobado y la falta de autorización de la emisión de acciones por parte de la Su-



perintendencia de Sociedades, en relación con las sociedades sujetas a vigilancia o control, en los términos de los artículos 84 y 85 de la Ley 222 de 1995, vician de nulidad el contrato de suscripción de acciones privilegiadas.

Línea de atención al usuario

018000 114319

PBX

601-324 5777 / 601-220 1000

Centro de fax

601-220 1000, opción 2 / 601-324 5000

**Avenida El Dorado No. 51 - 80
Bogotá - Colombia**

Horario de atención al público

Lunes a viernes 8:00 a.m. a 5:00 p.m.

webmaster@supersociedades.gov.co



GOBIERNO DE COLOMBIA

www.supersociedades.gov.co