



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**
Más empresa, más empleo

CONCEPTOS JURÍDICOS
EMITIDOS POR LA
SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES
AGOSTO-2019



En la Superintendencia de Sociedades trabajamos para lograr el reconocimiento y la confianza de los usuarios, ya que nuestra Misión es contribuir al crecimiento económico y social mediante la supervisión, protección y fortalecimiento de las empresas para generar legalidad y equidad.

Por tal motivo ante las consultas elevadas por los usuarios, la oficina Jurídica de la entidad emitió varios conceptos jurídicos, a continuación, encontrará detalles de los más relevantes.



OFICIO 220-085938 DEL 09 DE AGOSTO DE 2019

DOCTRINA:

CESIÓN DEL CUPO EN UN GRUPO DE AUTOFINANCIAMIENTO COMERCIAL.

PLANTEAMIENTO:

1. ¿Existe la posibilidad de que yo como cliente negocie con la SAPAC mi cupo en el grupo del plan de autofinanciamiento al que pertenecería?
2. ¿Dicha cesión o negociación del cupo a la SAPAC podría darse incluso con un descuento frente al capital aportado, para que el dinero me sea reintegrado sin necesidad de que transcurran los meses restantes dentro del plan escogido y así poder tener acceso al mismo?
3. ¿Podría ser la misma SAPAC quien adquiera mi cupo dentro del plan de autofinanciamiento?

POSICIÓN DOCTRINAL:

Presente lo anterior, se procede a dar respuesta a los interrogantes planteados en la consulta.

1. A la primera pregunta, en la que se planteó la posibilidad de que el suscriptor de un plan de autofinanciamiento “negocie” su cupo en el grupo con la Sociedad Administradora de Autofinanciamiento Comercial - SAPAC, se responde negativamente, es decir que no es posible que la SAPAC compre o adquiera el cupo del suscriptor.

No obstante, lo anterior, es perfectamente viable que se realice por parte del suscriptor a favor de un tercero, una cesión de derechos y obligaciones derivadas del contrato con aceptación de la SAPAC, y es posible también que la SAPAC actúe como intermediario de la cesión del contrato que realice el suscriptor y el tercero, caso en el cual la

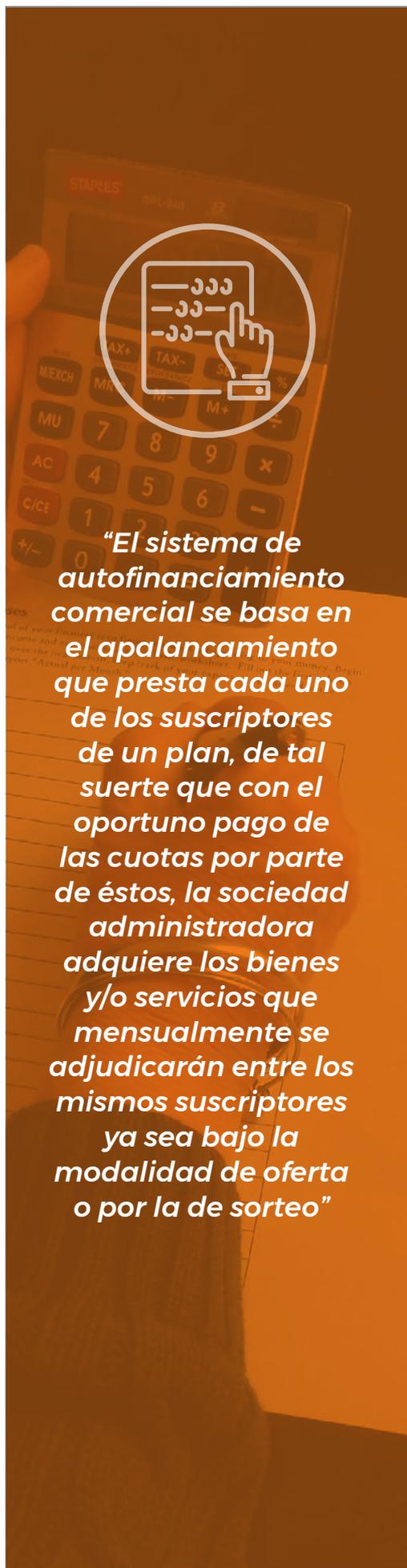
SAPAC está facultada para percibir una remuneración por la gestión de intermediación realizada.

2. Sobre la segunda pregunta, referida a la posibilidad de que la cesión o negociación del cupo con la Sociedad Administradora de Planes de Autofinanciamiento Comercial - SAPAC conlleve un descuento frente al capital aportado, para que el dinero de las cuotas sea reintegrado antes del vencimiento del plazo, es menester diferenciar entre la cesión del contrato y el incumplimiento o la terminación voluntaria del mismo por parte del suscriptor.

En efecto, la cesión del contrato de autofinanciamiento implica el pago de todo o parte de las cuotas brutas o netas que el cedente hubiera cancelado y dentro del término establecido en la cesión, como quiera que la misma se rige por lo que li-



“Es perfectamente viable que se realice por parte del suscriptor a favor de un tercero, una cesión de derechos y obligaciones derivadas del contrato con aceptación de la SAPAC”



“El sistema de autofinanciamiento comercial se basa en el apalancamiento que presta cada uno de los suscriptores de un plan, de tal suerte que con el oportuno pago de las cuotas por parte de éstos, la sociedad administradora adquiere los bienes y/o servicios que mensualmente se adjudicarán entre los mismos suscriptores ya sea bajo la modalidad de oferta o por la de sorteo”

brememente acuerden cedente y cesionario en ejercicio de su autonomía contractual, mientras que el incumplimiento o la terminación voluntaria del contrato da lugar al pago de las cuotas netas solamente a la terminación del plazo con el que se estructuró el plan, pues la devolución inmediata de los dineros afecta la ecuación financiera del mismo y la adquisición de los bienes o servicios por parte de los otros suscriptores.

Por lo tanto, el suscriptor que incumplió o terminó voluntariamente el contrato de autofinanciamiento solo tiene derecho a la devolución de las cuotas netas a la fecha de vencimiento del plan, como se informó en el Oficio 220-097969 del 7 de julio de 2009:

“(…) Como es de su conocimiento, el sistema de autofinanciamiento comercial se basa en el apalancamiento que presta cada uno de los suscriptores de un plan, de tal suerte que con el oportuno pago de las cuotas por parte de éstos, la sociedad administradora adquiere los bienes y/o servicios que mensualmente se adjudicarán entre los mismos suscriptores ya sea bajo la modalidad de oferta o por la de sorteo, por lo cual, las deserciones de suscriptores afectan gravemente la tesorería de cada grupo, debiendo la sociedad administradora acudir a otras fuentes y otras modalidades para cubrir el faltante y poder adquirir los bienes o servicios. Por esta razón, la normatividad atinente al sistema previó, en aras de evitar el descalabro económico de los grupos, que frente a las deserciones, las devoluciones de lo entregado por los desertores se efectuaran una vez finalizado el plazo del grupo (…)

Así las cosas, para dar respuesta a su consulta, se tiene que de conformidad con la normatividad alusiva al sistema de autofinanciamiento comercial, ante el retiro de un suscriptor, éste deberá esperar que se cumpla el plazo establecido contractualmente para el plan respectivo, a cuyo término y dentro del mes siguiente, le será devuelto lo correspondiente a las cuotas netas entregadas por él mismo mientras se mantuvo vigente el contrato”.

3. La tercera pregunta, en la que se indagó si la Sociedad Administradora de Planes de Autofinanciamiento Comercial – SAPAC puede ser quien adquiera el cupo dentro del plan de autofinanciamiento, se responde negativamente, como quiera que por disposición legal la persona jurídica en mención solo funge como estructuradora y administradora del plan de autofinanciamiento a través del cual un suscriptor pretende la adquisición de bienes y servicios.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, no sin antes observar que para mayor ilustración puede consultar en la página WEB la normatividad, los conceptos que la Entidad emite y la Circular Básica Jurídica, entre otros.



OFICIO 220-088332 DEL 21 DE AGOSTO DE 2019

DOCTRINA:

SOBRE LA ACCIÓN OBLICUA CONTRA LOS SOCIOS DE UNA COMPAÑÍA.

PLANTEAMIENTO:

¿Pueden los acreedores de la sociedad, iniciar una acción oblicua contra los socios deudores de la sociedad y así hacer efectivas sus acreencias de tal manera que ese requisito de capital suscrito si sirva como mecanismo de protección ex ante en la constitución de la sociedad?

POSICIÓN DOCTRINAL:

Así lo anterior, con ocasión de las disposiciones dadas de manera preliminar por el consultante y teniendo en cuenta que quien define la procedencia de una acción o no del tipo indicado en la consulta, es un juez de la república, será menester indicar que la acción oblicua es aquella que intenta el acreedor contra el deudor de su deudor, en nombre de este último.

Es decir que el acreedor ejerce los derechos cuya titularidad tiene el deudor frente a terceros, los cuales no han sido ejercidos por estos por descuido o

malicia. La finalidad de esta figura consiste en prevenir el eventual deterioro de la prenda general del deudor debido al no ejercicio de sus derechos; y en recomponer la prenda general mediante el ejercicio de derechos a los cuales ya ha renunciado el deudor. En nuestra opinión esta acción solo podría proceder frente al cobro del capital adeudado por el accionista en caso que se pretenda restablecer el patrimonio de la sociedad⁴, sin embargo, si lo que se busca es pagar una acreencia específica determinada, es importante indicar que no sería procedente dicha acción en cabeza del acreedor debido a que:

- 1. La sociedad es un ente aparte de los socios individualmente considerados.**
- 2. Corresponde a la administración ejercer las obligaciones propias de la mora de los socios en el pago de las cuotas o acciones suscritas y no pagadas, teniendo en cuenta las obligaciones legales y objetivas del mismo señaladas en la ley.**
- 3. En caso de que los socios no hayan pagado sus cuotas o acciones y la sociedad llegare a verse circunscrita en una causal de disolución y consecuente liquidación, será el liquidador quien se debe encargar del cobro y pago correspondiente a lo debido por los socios.**
- 4. Igualmente, los acreedores de una sociedad en estado de liquidación deben observarse como una universalidad, ya que de acuerdo con lo determinado en el artículo 242 del Código de Comercio, el pago de las obligaciones sociales se hará respetando las disposiciones legales sobre la prelación de créditos.**
- 5. Por último, es necesario recordar que en virtud del límite de responsabilidad que tienen los socios dentro de cada tipo societario, a éstos les será atribuible o no responsabilidad subsecuente de las que dejó de cancelar la sociedad a los acreedores y solo en virtud de lo indicado en la norma, será menester del juez declarar su responsabilidad y hacer exigible el pago respectivo, como en el caso de las sociedades por acciones, por ejemplo, solo procederá en los casos de desestimación de la personalidad jurídica, en caso de demostrarse la utilización de la figura societaria en fraude de la ley y en perjuicio de terceros.**

MÁS INFORMACIÓN DEL OFICIO 220-088332
DEL 21 DE AGOSTO DE 2019 AQUÍ



OFICIO 220-088338 DEL 21 DE AGOSTO DE 2019

DOCTRINA:

PRIMA EN COLOCACIÓN DE ACCIONES. – DISMINUCIÓN DE CAPITAL MEDIANTE EL REEMBOLSO DE LA PRIMA DE COLOCACIÓN DE ACCIONES

PLANTEAMIENTO:

Partiendo del supuesto que una sociedad debe solicitar autorización particular ante la Superintendencia de Sociedades pues no cumple con los requisitos del régimen de autorización general, para la disminución del capital con efectivo reembolso de aportes, pregunta lo siguiente:

- a) ¿La disminución con efectivo reembolso a los accionistas de la cuenta de la prima, sin modificar en medida alguna el capital suscrito de la sociedad, en colocación de acciones, se considera una reforma estatutaria?
- b) En caso que la respuesta al interrogante anterior sea negativa ¿La disminución con efectivo reembolso de aportes a los accionistas de la cuenta de la prima en colocación de acciones, sin modificar en medida alguna el capital suscrito de la sociedad, debe elevarse a escritura pública?
- c) En caso que la respuesta al interrogante a) sea negativa ¿La disminución con efectivo reembolso de aportes a los accionistas de la cuenta de la prima en colocación de acciones, sin modificar en medida alguna el capital suscrito de la sociedad, debe inscribirse en Cámara de Comercio como una reforma estatutaria?
- d) En caso que la respuesta al interrogante anterior sea afirmativa ¿Está la Cámara de Comercio en la obligación de inscribir dicha disminución con efectivo reembolso de aportes a los accionistas de la cuenta de la prima en colocación de acciones, sin modificar en medida alguna el capital suscrito de la sociedad?
- e) En caso que la respuesta al interrogante c) sea negativa ¿Cómo debería formalizarse dicha disminución con efectivo reembolso a los accionistas de la cuenta de la prima en colocación de acciones, sin modificar en medida alguna el capital suscrito de la sociedad? O ¿No es necesario

formalizarla y bastará con que la sociedad mantenga el acta contentiva de dicha decisión en sus archivos?

f)

En caso de que la respuesta a los interrogantes a, b y d sean negativas, (i) ¿Cómo se debe notificar a la Superintendencia de Sociedades que se realizó la disminución con efectivo reembolso a los accionistas de la cuenta de la prima en colocación de acciones, sin modificar en medida alguna el capital suscrito de la sociedad? (ii) ¿Desde qué fecha se establecería el plazo para notificar a la Superintendencia de Sociedades? (iii) ¿Mediante qué documentos se demostraría a la Superintendencia de Sociedades el efectivo reembolso de los aportes a los accionistas de la sociedad?

POSICIÓN DOCTRINAL:

B) Oficio 220-059657 del 4 de junio de 2019:

“(…) En consecuencia, comoquiera que conforme al escrito de la consulta, la sociedad no está dentro de las circunstancias previstas en el Capítulo 1, numeral 1, Literal A, de la Circular Básica Jurídica, que corresponden a los supuestos de Autorización General, estaría inmersa en los requisitos de autorización particular y en tal virtud, para proceder a efectuar la disminución de la prima en Colocación de acciones, deberá proceder a solicitar la respectiva autorización de esta Superintendencia, mediante solicitud dirigida al Grupo de Trámites societarios, en los términos del artículo 145 del Código de Comercio. (...)”

“(…)2. Cuando el reembolso corresponda únicamente al monto de las sumas aportadas como prima en colocación de acciones, esta disminución no afecta el capital social, por lo que para su modificación basta con el registro contable de la disminución de esta cuenta del patrimonio, sin que con ello se afecte la cuenta de capital.

3. Conforme a lo expuesto, a disminución de la prima en colocación de acciones, aunque constituya aporte, no implica una reforma de los estatutos sociales y en consecuencia, la operación contable que se registre, no requiere de registro”.

Cabría adicionar el oficio anterior, en el sentido de aclarar que el registro al que se refiere, cuando afirma que “no requiere de registro” hace referencia al registro en la Cámara de Comercio, puesto que desde luego la operación sí implica un registro contable.

Los anteriores oficios responden los interrogantes del a) al e) los cuales me permito resumir de la siguiente manera:

Respecto a la respuesta del punto a) no requiere reforma estatutaria la disminución del capital con efectivo reembolso de aportes; b) como no se requiere reforma estatutaria para la disminución de capital con efectivo reembolso de aportes, tampoco se requiere elevar escritura pública alguna; c) no es necesario proceder a inscribir en cámara de comercio la operación de disminución de capital con efectivo reembolso de aportes; d) la cámara de comercio del domicilio social de la sociedad no está obligada a realizar inscripción alguna puesto que la operación descrita no está sometida a registro.

Respecto a los puntos e) y f) se establece:

En cuanto al punto e) en los que se consulta si basta mantener el acta con la disminución de capital en los archivos, es del caso recordar que la obligación legal de mantener los libros y papeles del comerciante, está regulada por la Ley 962 de 2005, en concordancia con lo señalado en el artículo 12 de la Ley 527 de 1999, la cual prevé que los libros y papeles del comerciante únicamente deben ser conservados por un período de diez (10) años contados a partir de la fecha del último asiento, documento, o comprobante, pudiéndose utilizar para el efecto, a elección del comerciante, su conservación en papel o en cualquier medio técnico, magnético o electrónico que garantice su reproducción exacta.

No obstante lo expresado, y comoquiera que en el caso propuesto, la disminución de capital con efectivo reembolso de aportes con la prima en colocación de acciones, requiere ser aprobada por la Superintendencia, el acta respectiva deberá ser presentada al Grupo de Trámites Societarios junto con toda la documentación prevista en el literal B. del capítulo I literal a. numerales i al viii de la Circular



Básica Jurídica, 100-00005 del 22 de noviembre de 2017, la que a su vez, en el literal b, expresa lo siguiente:

“(…) Cuando la Superintendencia de Sociedades haya expedido el acto administrativo donde conste la autorización de la disminución del capital, la entidad solicitante podrá proceder a formalizar dicha disminución, según corresponda a cada tipo societario. En cualquier caso, en el acto donde se formalice dicha reforma deberá aportarse copia o dejarse constancia del cumplimiento de los requisitos que se mencionan a continuación, según sea el caso:

- i. Copia del acto administrativo que contenga la autorización del Ministerio de Trabajo o la entidad que haga sus veces, cuando la sociedad, empresa unipersonal o sucursal de sociedad extranjera tenga pasivo externo proveniente de prestaciones sociales, como lo establece el último inciso del artículo 145 del Código de Comercio y
- ii. Constancia escrita del representante legal o apoderado de la solicitante de que al momento de llevarse a cabo el acto que formalice la reforma estatutaria, no hayan cambiado las circunstancias que dieron lugar a la autorización de la Superintendencia conforme a los supuestos previstos en el artículo 145 del Código de Comercio.

c. Dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la ejecutoria del acto administrativo en virtud del cual se haya autorizado la disminución del capital, el representante legal de la solicitante, deberá enviar a esta Superintendencia copia notarial o auténtica de la escritura pública respectiva, con la constancia de su inscripción en el registro mercantil o respecto de las sociedades por acciones simplificadas y empresas unipersonales, el certificado de la cámara de comercio del domicilio principal de la compañía en el que conste la inscripción del acta contentiva de la disminución, (...)”

Para el caso objeto de análisis y comoquiera que la referida disminución del capital con el reembolso de la prima en colocación, no implica una reforma estatutaria, tampoco requiere escritura pública; sin embargo, para acreditar esta circunstancia, a juicio de este Despacho la sociedad deberá enviar los estados financieros en los que se identifiquen los rubros que se afectarán con el reembolso de la prima, los que desde luego deberán estar disponibles para efectuar la respectiva devolución, dentro del plazo que la Superintendencia fije para acreditar tal circunstancia.

**MÁS INFORMACIÓN DEL OFICIO
220-088338 DEL 21 DE AGOSTO
DE 2019 AQUÍ**



OFICIO 220-089805 DEL 28 DE AGOSTO DE 2019

DOCTRINA:

EL REGISTRO ESTABLECIDO LEY 1676 DE 2006, TENDRÁ PARA EL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL CON FINES DE GARANTÍA LOS MISMOS EFECTOS DE PUBLICIDAD PREVISTOS EN EL PARÁGRAFO DEL ARTÍCULO 55 DE LA LEY 1116 DE 2006.

PLANTEAMIENTO:

1. “(...) Conforme a la legislación vigente en Colombia ¿en cuáles sistemas de registro deben inscribirse los actos de enajenación y/o transferencia sobre bienes inmuebles?”
2. “(...) considerando que el registro de instrumentos públicos da publicidad a los instrumentos que graven los bienes raíces y que la Ley 1676 de 2013 establece que sobre bienes inmuebles por adhesión o por destinación, pueden constituirse garantías mobiliarias, ¿en cuáles sistemas de registro deben inscribirse los gravámenes sobre bienes inmuebles?”
3. “(...) Dado que bienes muebles como vehículos y naves tienen un sistema de registro, y teniendo en cuenta que la Ley 1676 de 2013 permite la constitución de garantía mobiliarias sobre todo bien mueble al que se le atribuya un valor económico, sean fungibles, corporales y/o incorporeales, derechos, contratos o acciones, ¿cuáles son los sistemas de registro en los que deben inscribirse los actos mediante los cuales se constituyan gravámenes sobre los bienes muebles?”
4. “(...) ¿Bajo qué supuestos deben registrarse garantías reales o fiduciarias que afecten bienes inmuebles en el registro de garantías mobiliarias administrado por Confecámaras?”
5. “(...) De conformidad con el artículo 12 del Decreto 1038 de 2009, que reglamenta el parágrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006, se excluyen de la masa de liquidación los bienes que hayan sido otorgados por el deudor a título de fiducia mercantil con fines de garantía, si este

contrato se encuentra registrado en el registro de Cámara de Comercio en el domicilio del fiduciante o en el registro que corresponda conforme a la ley, de acuerdo a la clase de acto o naturaleza de los bienes.

Por otro lado, la Ley 1676 de 2013, establece que en los procesos de liquidación podrán excluirse de la masa de liquidación en provecho de los acreedores garantizados o beneficiarios de la garantía, si esta se encuentra inscrita en el registro de garantías mobiliarias, o el que corresponda conforme a la clase de acto o con la naturaleza de los bienes. En esta misma norma, se establecen las formas de adjudicación del bien dado en garantía, de acuerdo al valor que este tenga y el valor de la obligación garantizada.

De acuerdo con lo anterior, ¿el mecanismo de exclusión previsto en el párrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006 fue derogado por la Ley 1676 de 2013? En este mismo sentido, ¿bajo qué supuestos es aplicada cada una de las disposiciones en mención?



6.

(...) Si el párrafo del artículo 55 no ha sido derogado, ¿es la inscripción de la garantía fiduciaria sobre bienes muebles o inmuebles la inscripción válida y/o exigible para la aplicación de la exclusión prevista en la norma en mención?

Esto considerando el artículo 2.2.2.4.2.47 del Decreto 1074 de 2015, según el cual puede solicitarse la exclusión de los bienes en garantía, si esta es oponible por la tenencia, el registro o el control.

Adicionalmente, ¿qué requisitos debe cumplir el registro de la garantía fiduciaria, sea sobre bienes muebles o inmuebles, para ser válida y solicitar la exclusión en el proceso de liquidación?

POSICIÓN DOCTRINAL:

1.- “(...) Conforme a la legislación vigente en Colombia ¿en cuáles sistemas de registro deben inscribirse los actos de enajenación y/o transferencia sobre bienes inmuebles?”

Los actos de transferencia de bienes inmuebles, están sujetos a la formalidad de la inscripción en el registro de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, conforme lo dispuesto por los artículos 740, 756, 796 del Código Civil, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 4° de la Ley 1579 de 2012.

Respecto del contrato de fiducia mercantil con fines de garantía, adicional al requisito de registro indicado anteriormente, se debe cumplir con el requisito de inscripción en el registro de las garantías mobiliarias administrado por Confecámaras, con fines de exclusión del proceso de liquidación judicial, sin que se requiera de inscripción adicional en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio, a tono con lo dispuesto por los artículos 1228 del Código de Comercio, artículo 146 núm. 2 y 36 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, parágrafo del artículo 557 y 1238 de la Ley 1116 de 2006, artículo 12 del Decreto 1038 de 2009, parágrafo 9, del artículo 3° y parágrafo 10 del artículo 21 de la Ley 1676 de 2013.

2.- “(...) considerando que el registro de instrumentos públicos da publicidad a los instrumentos que graven los bienes raíces y que la Ley 1676 de 2013 establece que sobre bienes inmuebles por adhesión o por destinación, pueden constituirse garantías mobiliarias, ¿en cuáles sistemas de registro deben inscribirse los gravámenes sobre bienes inmuebles?”

El régimen de garantías mobiliarias, permite la constitución de garantías sobre bienes muebles denominados inmuebles por adhesión o por destinación, garantía esta que deberá cumplir con los requisitos de oponibilidad y registro previstos en los artículos 21 y siguientes, 38 y 41 núm. 4 y siguientes de la Ley 1676 de 2013.

Sobre este particular pueden verse los Oficios 220-074969 del 05 de junio de 2015, y 220-150173 del 11 de noviembre de 2015.

Así mismo, los gravámenes hipotecarios que se constituyan sobre bienes inmuebles, deben registrarse en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos conforme lo dispuesto por el artículo 4° de la Ley 1579 de 2012, y en el registro previsto para las garantías mobiliarias.

Una garantía hipotecaria sobre un bien inmueble, constituida con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1676 de 2013, no tiene la obligación de registrarse en el registro de garantías mobiliarias

administrado por Confecámaras.

En Oficio 220-152055 del 3 de octubre de 2018, esta Oficina precisó lo siguiente:

“(...) ¿Cuál es, entonces, el régimen de vigencia de los artículos 50, 51 y 52 de la Ley 1676 de 2013, respecto de la garantía constituida sobre bienes inmuebles? Como quiera que la normativa no previó nada sobre el particular, debe el intérprete elucidar su vigencia a partir del principio de irretroactividad de la ley, según el cual “la nueva ley no puede desconocer derechos, hechos jurídicos y relaciones jurídicas, válidamente formados bajo el imperio de la ley anterior, ni los efectos que estos hayan producido bajo su vigencia”. Según esto, entonces, al no haber previsto el legislador de manera expresa reglas sobre aplicación de la ley en el tiempo para las garantías inmobiliarias, se impone concluir que respecto de ellas no cabe consideración distinta a su efecto a futuro o ex nunc, en obsequio a la garantía constitucional de la irretroactividad de la ley contenida en el artículo 58 Superior.

De lo anterior se desprenden varias consecuencias en el contexto concursal, así: (i) Los negocios jurídicos de hipoteca que se hayan perfeccionado antes de la vigencia de la Ley 1676 de 2013, es decir, antes del 21 de febrero de 2014, conservan en el concurso la calificación derivada de las normas vigentes al momento de su constitución.

(ii) Los negocios jurídicos de hipoteca perfeccionados del 21 de febrero de 2014 en adelante, gozarán de los privilegios concursales, en lo que corresponda (iii) La noción de acreedor concursal con garantía inmobiliaria no corresponde, conceptualmente, a la de acreedor garantizado del artículo 8° de la Ley 1676 de 2013.

“(...) A este propósito, el acreedor con garantía hipotecaria, en el escenario de los procesos concursales de reorganización, en virtud de lo dispuesto por el artículo 50 de la Ley 1676 de 2016, podrá iniciar la ejecución judicial, de que trata el artículo 61, estos es, inscribir el formulario registral de ejecución en el registro de garantías mobiliarias, que contiene los datos requeridos en el artículo 65 numeral 3° como exigencia previa para el trámite del proceso, registrar el formulario registral de inscripción inicial, esto es: “3. Para enviar las copias del formulario registral de ejecución, se utilizará la dirección prevista para cada una de las partes en el formulario registral de inscripción inicial o en el último formulario de modificación.” (Subraya fuera de texto), en los termino de los numerales 1° y ss del artículo 61 y numeral 3° del artículo 65 de la ley 1676 de 2013.

De este modo, queda claro cuáles son los sistemas de registro que deben surtir tanto para garantías

sobre bienes muebles denominados inmuebles por adhesión o por destinación, como para los gravámenes hipotecarios sobre bienes inmuebles y su ejecución a la entrada en vigencia de la Ley 1676 de 2013.

3. “(...) Dado que bienes muebles como vehículos y naves tienen un sistema de registro, y teniendo en cuenta que la Ley 1676 de 2013 permite la constitución de garantía mobiliarias sobre todo bien mueble al que se le atribuya un valor económico, sean fungibles, corporales y/o incorporales, derechos, contratos o acciones, ¿cuáles son los sistemas de registro en los que deben inscribirse los actos mediante los cuales se constituyan gravámenes sobre los bienes muebles?

Los sistemas de registro en los que debe inscribirse los actos mediante los cuales se constituya gravámenes sobre los bienes muebles, depende de las características de los bienes así:

3.1. Garantías mobiliarias sobre bienes muebles y su oponibilidad.

La Ley 1676 de 2013, en lo referente a las garantías sobre bienes muebles ha establecido que pueden ser objeto de tal gravamen, “(...) todo otro bien mueble, incluidos los fungibles, corporales e incorporales, derechos, contratos o acciones a los que las partes atribuyan valor económico”, de conformidad con lo previsto por el artículo 611 de la Ley 1676 de 2013.

Así mismo, el citado régimen estableció que para que una garantía mobiliaria sea oponible frente a terceros debe: 1) inscribirse en el registro de garantías mobiliarias administrado por Confecámaras, o 2) por la entrega de la tenencia o 3) por el control de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero designado por este de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 21 siguientes y 38 de la ley ibídem.

3.2 Garantía mobiliaria sobre vehículos y su registro.

El artículo 2.2.2.4.1.36 del Decreto 1835 de 2015, dispuso:

“(...) Artículo 2.2.2.4.1.36. Registro de garantías mobiliarias sobre vehículos automotores. La inscripción de las garantías mobiliarias sobre vehículos automotores matriculados se hará en el Registro Nacional Automotor siguiendo las reglas y requerimientos de información establecidos en este decreto para el formulario de inscripción inicial...”

Las garantías mobiliarias sobre propiedad intelectual, se inscribirá en el registro especial correspondiente, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 8° definiciones (registro especial), 11 y 36 de la Ley 1676 de 2013. Específicamente, se refiere a Superintendencia de Industria y Comercio.

3.3. Limitaciones al ámbito de aplicación de las garantías mobiliarias.

El artículo 4° del régimen de garantías mobiliarias ha prescrito que su alcance no se extiende a las garantías cuya venta, permuta, arrendamiento o pignoración o utilización como garantía mobiliaria esté prohibida por ley imperativa o de orden público, así:

“(...) Artículo 4°. Limitaciones al ámbito de aplicación. Las garantías de las que trata esta ley podrán constituirse sobre cualquier bien mueble, salvo aquellos cuya venta, permuta, arrendamiento o pignoración o utilización como garantía mobiliaria esté prohibida por ley imperativa o de orden público.

Se exceptuarán de lo dispuesto en esta ley las garantías mobiliarias otorgadas

1. Bienes muebles tales como las aeronaves, motores de aeronaves, helicópteros, equipo ferroviario, los elementos espaciales y otras categorías de equipo móvil reguladas por la Ley 967 de 2005.

2. Valores intermediados e instrumentos financieros regulados en la Ley 964 de 2005 y las normas que la modifiquen o adicionen.

3. Garantías sobre títulos valores, que seguirán las reglas del Código de Comercio, y

4. Depósito de dinero en garantía, cuando el depositario es el acreedor.

Por todo lo anterior, se puede vislumbrar un panorama más claro de cuáles son los sistemas de registro que se emplean sobre la constitución de garantías mobiliarias sobre distintos bienes muebles como las limitaciones al ámbito de aplicación del régimen de garantías en comento.

4. “(...) ¿Bajo qué supuestos deben registrarse garantías reales o fiduciarias que afecten bienes inmuebles en el registro de garantías mobiliarias administrado por Confecámaras?

Este aspecto fue precisado en el punto primero y segundo de este escrito, por lo cual los argumentos allí expuestos son suficientes y responden la inquietud, sin embargo, resalto que las garantías reales y los contratos de fiducia mercantil con fines de garantía deben registrarse tanto en la Oficina de registro e instrumentos públicos correspondientes como en el Registro de Garantías Mobiliarias administrado por Confecámaras.

5. “(...) De conformidad con el artículo 12 del Decreto 1038 de 2009, que reglamenta el parágrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006, se excluyen de la masa de liquidación los bienes que hayan sido otorgados por el deudor a título de fiducia mercantil

con fines de garantía, si este contrato se encuentra registrado en el registro de Cámara de Comercio en el domicilio del fiduciante o en el registro que corresponda conforme a la ley, de acuerdo a la clase de acto o naturaleza de los bienes.

Por otro lado, la Ley 1676 de 2013, establece que en los procesos de liquidación podrán excluirse de la masa de liquidación en provecho de los acreedores garantizados o beneficiarios de la garantía, si esta se encuentra inscrita en el registro de garantías mobiliarias, o el que corresponda conforme a la clase de acto o con la naturaleza de los bienes. En esta misma norma, se establecen las formas de adjudicación del bien dado en garantía, de acuerdo al valor que este tenga y el valor de la obligación garantizada.

De acuerdo con lo anterior, ¿el mecanismo de exclusión previsto en el parágrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006 fue derogado por la Ley 1676 de 2013? En este mismo sentido, ¿bajo qué supuestos es aplicada cada una de las disposiciones en mención.

5.1. Publicidad y registro de los contratos de fiducia mercantil objeto de exclusión de la masa de la liquidación judicial.

El parágrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006, fue reglamentado por el artículo 12 del Decreto 1038 de 2009, el cual permitió la posibilidad de exclusión de la masa de liquidación los bienes transferidos a título de fiducia mercantil con fines de garantía concordancia con lo dispuesto por dispuesto por el artículo 4° de la Ley 1579 de 20124, (muebles o inmuebles), siempre y cuando se cumpla con el requisito de publicidad de estar inscritos en el registro mercantil la Cámara de Comercio; sin embargo, el parágrafo del artículo 3° de la Ley 1676 de 2013, dispuso lo siguiente:

14 En la fiducia mercantil, se transfiere la titularidad del derecho de dominio de los bienes fideicomitidos, que puede ser muebles o inmuebles, a la entidad fiduciaria. “(...)

Artículo 52. Las garantías reales en los procesos de liquidación judicial. Los bienes en garantía de propiedad del deudor en liquidación judicial podrán excluirse de la masa de la liquidación en provecho de los acreedores garantizados o beneficiarios de la garantía siempre y cuando la garantía esté inscrita en el registro de garantías mobiliarias o en el registro que, de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, se hubiere hecho conforme a la ley.

“(…) Parágrafo. Al contrato de fiducia en garantía se aplicará lo dispuesto en la presente ley en lo referente al registro, la oponibilidad y la restitución de la tenencia del bien objeto de comodato precario. El registro establecido en esta ley tendrá para el

contrato de Fiducia Mercantil con fines de garantía los efectos previstos en el parágrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006.”

El requisito del registro de los referidos contratos en el registro establecido para las garantías mobiliarias, en los términos del artículo 38 de la Ley 1676 de 2013, sin consideración alguna al tipo de bien transferido, pues el citado parágrafo no hace distinción, excepción ni restricción alguna en ese sentido, amén del cumplimiento de las demás formalidades de registro que de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, perentoriamente deba hacerse en los términos de ley, es necesario para efectos de la exclusión.

El anterior procedimiento de exclusión de los bienes de la masa de la liquidación de la sociedad, se surte sin menoscabo de los derechos pensionales, luego frente a la existencia de tal pasivo, eventualmente no operaría dicha exclusión, lo que corresponderá verificar y precisar en cada caso.

5.2. La Ley 1676 de 2013 no derogó el artículo 55 de la Ley 1116 de 2006.

Definido lo anterior, la Ley 1676 de 2013, estableció que los contratos mediante los cuales se constituyan las garantías mobiliarias sobre uno o varios bienes muebles a tono con lo dispuesto por los artículos 3° y 6° de la Ley 1676 de 2016, tienen la connotación de ser contratos principales, los que tienen el propósito fundamental de garantizar una o varias obligaciones propias o ajenas seande dar, hacer o no hacer, del garante.

Así mismo, en los contratos de garantías mobiliarias no se trasmite el dominio de los bienes, como si acontece con los contratos de fiducia mercantil referidos.

Ciertamente, el régimen de garantías mobiliarias reguló la forma en que las garantías reales podrían ser objeto de exclusión tanto en el ámbito de los procesos de reorganización como en el de liquidación judicial, en los términos de los artículos 50 y 52 de la Ley 1676 de 2013.

Pues bien, en lo referente con la exclusión de las garantías reales en los procesos de liquidación judicial en los términos del artículo 52 de la Ley 1676 de 2013, quedan inmersos en dicho procedimiento no solo: 1) las garantías mobiliarias propiamente dichas, 2) como también las garantías hipotecarias sobre bienes inmuebles, constituidas con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley en comento, sin desconocer que tal procedimiento no operará en detrimento de derechos pensionales.

En efecto, en relación con los contratos de fiducia mercantil con fines de garantía en los que se hayan transferido bienes (muebles o inmuebles), para

efectos de su exclusión de la masa de la liquidación judicial, se perfecciona conforme al procedimiento y formalidades especiales mencionadas en el acápite anterior (5.1) en el que se ilustra el procedimiento de publicidad para este tipo de contratos, sin desconocer, la operatividad del pago en caso de exclusión previsto por el artículo 52 de la Ley 1676 de 2013.

Como se puede observar, una cosa son los contratos de fiducia mercantil con fines de garantía que se constituyen con el propósito de exclusión de la masa de la liquidación judicial, y otra cosa es la constitución de las garantías reales llámese mobiliarias propiamente dichas, como también las garantías hipotecarias constituidas sobre bienes inmuebles, la cuales también pueden ser objeto de exclusión.

Si bien el procedimiento para la exclusión de los bienes afectos a garantías reales y a los contratos de fiducia mercantil con fines de garantía dentro del proceso de liquidación judicial, es uno solo, conforme a lo previsto por el artículo 52 de la Ley 1676 de 2013, no puede perderse de vista que se trata de dos contratos diferentes, en sus elementos esenciales, naturales y posiblemente accidentales.

Por lo que se puede sostener, que si bien, es similar la redacción el artículo 52 de la Ley 1676 de 2013, con lo previsto por el parágrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006, el cual fue reglamentado por el artículo 12 del Decreto 1038 de 2009, la norma posterior no lo derogó.

6. “(...) Si el parágrafo del artículo 55 no ha sido derogado, ¿es la inscripción de la garantía fiduciaria sobre bienes muebles o inmuebles la inscripción válida y/o exigible para la aplicación de la exclusión prevista en la norma en mención? Esto considerando el artículo 2.2.2.4.2.47 del Decreto 1074 de 2015, según el cual puede solicitarse la exclusión de los bienes en garantía, si esta es oponible por la tenencia, el registro o el control.

Adicionalmente, ¿qué requisitos debe cumplir el registro de la garantía fiduciaria, sea sobre bienes muebles o inmuebles, para ser válida y solicitar la exclusión en el proceso de liquidación?

El artículo 2.2.2.4.2.47. Del Decreto 1835 de 2015, compilados por el Decreto 1074 de 2015, prescribe:

“(…) Exclusión de bienes en garantía. A partir de la apertura del proceso de liquidación judicial y dentro de los seis (6) meses siguientes al inicio del proceso o dentro del plazo previsto en el artículo 37 de la Ley 1116 de 2006, el acreedor garantizado podrá solicitar al juez del concurso la exclusión de los bienes en garantía de propiedad del deudor siempre y cuando la garantía haya sido oponible, ya sea por la tenencia, por el registro o por el control.

Para hacer efectiva la exclusión, el acreedor garantizado solicitará al juez del concurso la enajenación o apropiación del bien en garantía de conformidad con las reglas establecidas para el efecto en el artículo 69 de la Ley 1676 de 2013. La anterior regla no aplicará frente al contrato de fiducia en garantía, al cual se le aplicarán las reglas previamente pactadas en el contrato.

Es decir, que para que opere la exclusión de los bienes de la masa de la liquidación, se exige que la garantía mobiliaria haya sido siempre oponible frente a terceros, según el caso, ya sea por su tenencia, como en el caso prescrito en el artículo 33 de la Ley 1676 de 2013, ya sea por el registro o por el control de conformidad con lo previsto por el artículo 34 del mismo régimen de garantías mobiliarias.

Ahora bien, frente a la oponibilidad por el registro en mención, para los contratos en los cuales han sido transferidos bienes a título de fiducia mercantil con fines de garantía, el requisito de publicidad que se exigía por el parágrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006, el cual fue reglamentado por el artículo 12 del Decreto 1038 de 2009, debía surtirse siempre y cuando el respectivo contrato se inscribiera en el registro mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del fiduciante o en el registro que, de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, se hubiere hecho conforme a la ley, para que pudieran ser excluidos de la masa de la liquidación.

Sin embargo, frente a la formalidad del requisito de publicidad indicado, hoy se cumple el registro de tal contrato en el registro de garantía mobiliaria, administrado por Confecámaras conforme a lo prescrito por el parágrafo del artículo 3° de la Ley 1676 de 2013, así:

(...) Parágrafo. Al contrato de fiducia en garantía se aplicará lo dispuesto en la presente ley en lo referente al registro, la oponibilidad y la restitución de la tenencia del bien objeto de comodato precario. El registro establecido en esta ley tendrá para el contrato de Fiducia Mercantil con fines de garantía los efectos previstos en el parágrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006.”

Es decir, para que se puedan excluir los bienes transferidos a título de fiducia mercantil con fines de garantía, de la masa de la liquidación, se hace necesario cumplir con el requisito de publicidad acotado en el párrafo anterior, siempre y cuando no afecte derechos pensionales.



OFICIO 220-088955 DEL 26 DE AGOSTO DE 2019

DOCTRINA:

DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES - IMPUGNACIÓN DE ACTA

PLANTEAMIENTO:

El artículo 191 del código de comercio, que los administradores (entre otros) podrán impugnar las decisiones del máximo órgano social.

Se pregunta, el administrador demanda en su propio nombre, en su condición de administrador; ¿entonces, él mismo contesta la demanda en su condición de representante legal de la sociedad?”

POSICIÓN DOCTRINAL:

En consecuencia, la presentación de una demanda de impugnación de decisiones societarias en contra de la sociedad por parte del representante legal, se encuentra sus facultades legales³ y deberes en aras de satisfacer el interés de la sociedad podría comportar un conflicto de interés entre el administrador que demanda la decisión adoptada por un órgano de la sociedad que representa y la sociedad demandada, evento en el cual, habrá de tenerse en cuenta el contexto normativo vigente, contenido en el artículo 23, numeral 7° de la Ley 222 de 1995, respecto a los deberes de los administradores.

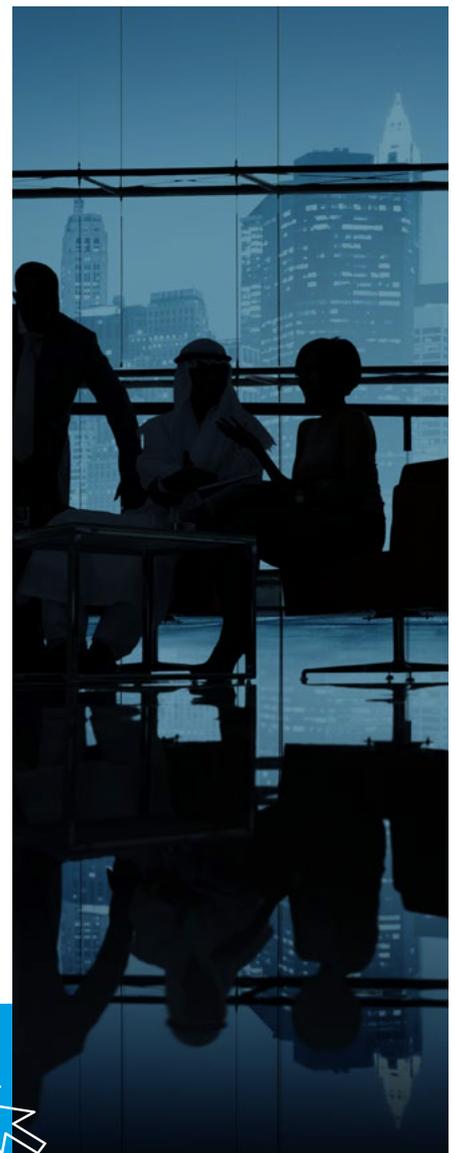
“(…) . Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas. En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del adminis-

trador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad.”

Cuando los administradores son empleados o asesores de la sociedad son frecuentes las situaciones de conflicto de interés, sin embargo, hay que estudiar en concreto las situaciones dado que habrá situaciones en las que no se planteará un conflicto, como podría ser el caso de la impugnación de decisiones sociales.

Igualmente, no todas las hipótesis que conforman conflicto de interés generan la necesidad de revelar previamente el conflicto al máximo órgano social y obtener su aprobación en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley y 222 de 1995, como por ejemplo en el caso de reclamaciones laborales respecto de derechos ciertos e irrenunciables en favor del administrador.

MÁS INFORMACIÓN DEL
OFICIO 220-088955 DEL 26
DE AGOSTO DE 2019 **AQUÍ** 





**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**
Más empresa, más empleo

AÑOS



Superintendencia de Sociedades
www.supersociedades.gov.co/webmaster@supersociedades.gov.co
Línea única de atención al ciudadano (57+1) 2201000
Colombia



El futuro
es de todos

Gobierno
de Colombia