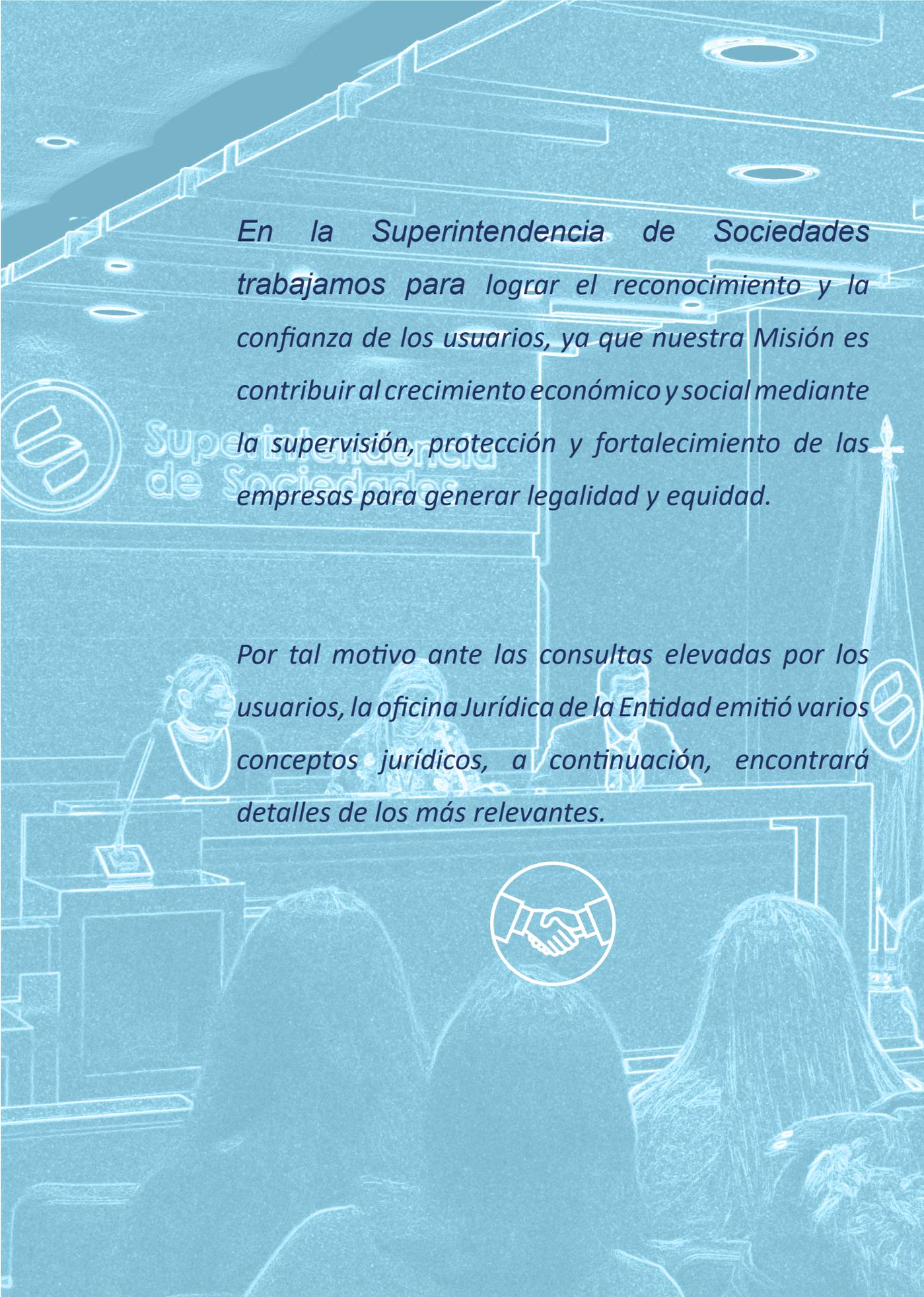




**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**
Más empresa, más empleo

**CONCEPTOS JURÍDICOS
EMITIDOS POR LA
SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES
SEPTIEMBRE-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 220-091006 DEL 3 DE SEPTIEMBRE DE 2019

DOCTRINA:

EL JUEZ DEL CONCURSO NO ES EL RESPONSABLE PARA ELABORAR NI ESTRUCTURAR LA VIABILIDAD ECONÓMICA Y PUESTA EN MARCHA DEL PLAN DE NEGOCIOS PUES NO TIENE COMPETENCIA PARA COADMINISTRAR LA SOCIEDAD EN TRÁMITE DE REORGANIZACIÓN.

PLANTEAMIENTO:

Si por virtud del numeral 6° del artículo 13 de la Ley 1116 de 2006, el cual ordena que en la solicitud del proceso de reorganización se debe acompañar de un plan de negocios de reorganización del deudor, si para este efecto el juez del concurso debe limitarse a confirmar que existe este plan de negocios o si tiene atribuciones para intervenir en la forma como fue elaborado.

POSICIÓN DOCTRINAL:



El artículo 13 de la Ley 1116 de 2006, prescribe:

“(…) Artículo 13. Solicitud de Admisión. La solicitud de inicio del proceso de reorganización por parte del deudor o de este y sus acreedores deberá venir acompañada de los siguientes documentos:

- 1. Los cinco (5) estados financieros básicos, correspondientes a los tres (3) últimos ejercicios y los dictámenes respectivos, si existieren, suscrito por Contador Público o Revisor Fiscal, según sea el caso.*
- 2. Los cinco (5) estados financieros básicos, con corte al último día calendario del mes inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud, suscrito por Contador Público o Revisor Fiscal, según sea el caso.*
- 3. Un estado de inventario de activos y pasivos con corte en la misma fecha indicada en el numeral anterior, debidamente certificado y valorado, suscrito por Contador Público o Revisor Fiscal, según sea el caso.*
- 4. Memoria explicativa de las causas que lo llevaron a la situación de insolvencia.*
- 5. Un flujo de caja para atender el pago de las obligaciones.*
- 6. Un plan de negocios de reorganización del deudor que contemple no solo*

la reestructuración financiera, sino también organizacional, operativa o de competitividad, conducentes a solucionar las razones por las cuales es solicitado el proceso, cuando sea del caso.

7. Un proyecto de calificación y graduación de acreencias del deudor, en los términos previstos en el Título XL del Libro Cuarto del Código Civil y demás normas legales que lo modifiquen y adicionen, así como el proyecto de determinación de los derechos de voto correspondientes a cada acreedor.

A su turno, el artículo 38 de la Ley 1429 de 2010, prescribió:

“(...) Artículo 38. El artículo 31 de la Ley 1116 de 2006, quedará así:

Artículo 31. Término para celebrar el acuerdo de reorganización. *En la providencia de reconocimiento de créditos se señalará el plazo de cuatro meses para celebrar el acuerdo de reorganización, sin perjuicio de que las partes puedan celebrarlo en un término inferior. El término de cuatro meses no podrá prorrogarse en ningún caso.*

Dentro del plazo para la celebración del acuerdo, el promotor con fundamento en el plan de reorganización de la empresa y el flujo de caja elaborado para atender el pago de las obligaciones, deberá presentar ante el juez del concurso, según sea el caso, un acuerdo de reorganización debidamente aprobado con los votos favorables de un número plural de acreedores que representen, por lo menos la mayoría absoluta de los votos admitidos. Dicha mayoría deberá, adicionalmente, conformarse de acuerdo con las siguientes reglas (...)”

Aunado a ello, esta Superintendencia, por Resolución 100-0003113 del 5 de marzo de 2019, crea el grupo interno de trabajo denominado de Admisiones, el cual tiene entre otras la función de decidir sobre la inadmisión, admisión o rechazo de las solicitudes de ingreso a un proceso de insolvencia, en virtud de lo dispuesto por el numeral 37.2 del artículo 37 de la citada resolución¹:

El derrotero legal anterior, permite establecer que el plan de negocios de reorganización² que la administración de la sociedad que va a presentar una solicitud al trámite de reorganización, debe acompañarse de un plan de negocios en el que se visualice no solo la reestructuración financiera, sino también organización operativa o de competitividad conducentes a solucionar las razones por las cuales fue objeto del

proceso de reorganización. (Núm. 6 art. 13 Ley 1116 de 2006).

No se trata de presentar cualquier plan de negocios, sin ningún sustento, sino que verdaderamente se convierte en una responsabilidad por parte de la administración de la sociedad que se presenta a un trámite de reorganización, pues tiene el deber de estructurar, sopesar, estudiar y analizar muy bien un plan de negocios del ente societario, en el que contemple la reestructuración indicada como la viabilidad económica del mismo, aunado a ello debe acompañarlo y sustentarlo de un flujo de caja real de acuerdo a esa reingeniería societaria, que le permita soportar y atender el pago de las obligaciones que se llevaran al acuerdo de reorganización como los gastos de administración de la sociedad concursada y cualquier otra medidas conducentes a solucionar las razones que dieron lugar a la crisis que la condujo a solicitar el proceso en mención.

Por lo cual, tal y como se dijo en el Oficio 220-163296 del 23 de octubre de 20183, el plan de negocios debe ser:

“(...) xi) El plan de negocios que contemple una reestructuración, financiera, organizacional, operativa o de competitividad, debe ser consistente, serio, estructurado y alcanzable, lo que se reflejará en el acuerdo de reorganización que para tal efecto se firme a efectos de ponerlo en marcha.”

En suma, el juez del concurso no es el responsable ni el competente para intervenir, estructurar ni participar en la elaboración del plan de negocios, ni es responsable de su puesta en marcha ni de su viabilidad económica, pues no tiene competencia para coadministrar la sociedad en trámite de reorganización.

Sin embargo, ello no lo impide e inhibe para que si el acuerdo no es consistente conforme lo expuesto anteriormente pueda así ordenar los correctivos que sean necesarios para que la administración de la sociedad concursada cumpla con su obligación y corrija lo que haya lugar bajo ese entendido, ya sea al momento de su admisión o durante el proceso de reorganización, sin que ello implique por parte del juez una labor de intervención en esa reestructuración del plan de negocios a la que se ha hecho alusión.

**MÁS INFORMACIÓN DEL OFICIO
220-091006 DEL 3 DE SEPTIEMBRE
DE 2019 AQUÍ:**



OFICIO 220-091121 DEL 3 DE SEPTIEMBRE DE 2019

DOCTRINA:

DERECHOS INCLUIDOS EN LAS ACCIONES EMITIDAS EN UNA SAS.

PLANTEAMIENTO:

1. ¿Es viable crear acciones cuyos derechos económicos correspondan únicamente a las utilidades generadas por una de las tres líneas de negocio de la sociedad?
2. ¿A través de un acuerdo de accionistas puedo regular que la repartición de utilidades no se hará atendiendo a la participación accionaria de cada uno de los socios sino en consideración de las utilidades generadas por su área de negocio?
3. En ese caso, ¿A qué título se repartirían dichas utilidades?
4. ¿Es contablemente posible o por el contrario las normas societarias, contables o tributarias obligan a sumar las utilidades de las tres líneas de negocios y repartirlas equitativamente?

POSICIÓN DOCTRINAL:

Frente a la primera inquietud, en diferentes oportunidades esta entidad ha establecido que en efecto el artículo 45 de la Ley 1258 de 2008, permite libertad en las estipulaciones contractuales incluidas en el contrato de sociedad en las sociedades por acciones simplificadas; esto en concordancia con lo determinado en el artículo 10 de la ley mencionada, en el cual se estipula que se podrán crear diversas clases y series de acciones a cuyo dorso del título respectivo, constarán los derechos inherentes a las acciones correspondientes.

Así lo anterior, para responder la primera pregunta en efecto los accionistas podrán crear acciones cuyos derechos económicos correspondan a las utilidades generadas por las líneas de negocio de la sociedad.

Respecto de la segunda inquietud, la doctrina ha indicado que los acuerdos de

accionistas corresponden, a una figura entendida como todo convenio, pacto o contrato destinado a comprometer los derechos que se generan de la tenencia de las acciones en una sociedad, específicamente frente al derecho de voto. Así mismo, el artículo 70 de la Ley 222 de 1995 señaló una restricción

objetiva que versa sobre el ámbito de aplicación del pacto, es decir que el mismo solo puede referirse a las siguientes materias: 1. La forma como habrá de emitirse los votos en las reuniones de asamblea general y 2. La determinación de la persona o personas que habrán de representar las acciones de los participantes en una o varias reuniones del máximo órgano social.

Por lo anterior, el pacto sobre distribución de utilidades, es una disposición de índole estatutaria de acuerdo con las determinaciones de la Ley 1258 de 2008, y no es objeto de acuerdo de ac-



cionistas según las estipulaciones del artículo 70 de la Ley 222 de 1995.

Sobre la tercera inquietud, teniendo en cuenta que el reparto de utilidades, debe seguir las reglas generales del Código de Comercio, con el fin de que el Administrador proyecte la distribución debida, fundamentada en balances reales y fidedignos, descontando la apropiación para pago de impuestos, las reservas legales, estatutarias y ocasionales y se hayan enjugado las pérdidas; las utilidades que se hayan establecido estatutariamente, correlativamente deberán ser proyectadas de acuerdo con lo pactado.

Por otro lado, al respecto de la cuarta inquietud, teniendo en cuenta que el reparto de utilidades deviene de una disposición estatutaria, ésta entidad ya se ha pronunciado contablemente al respecto del reparto de utilidades bajo el nuevo marco técnico normativo así:

“(…) Con la entrada en vigencia de los marcos de referencia contable bajo NIIF, el resultado del ejercicio se denomina “ganancia” o “pérdida”, según corresponda, y también está referida a la relación entre los ingresos y los costos y gastos del ente.

Así las cosas, para determinar cuál es la “utilidad” que, de conformidad con las normas internaciones de información financiera, queda a disposición de los socios para ser repartida, es indispensable hacer referencia a los resultados del período, de los cuales hacen parte los ingresos y gastos.

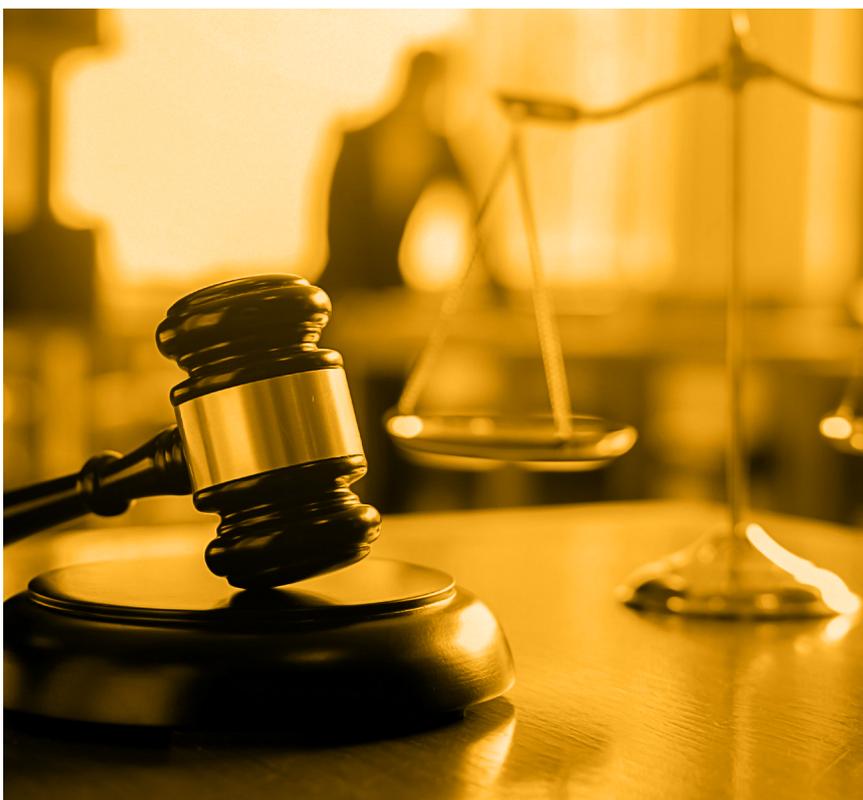
En relación con los ingresos, es necesario indicar que los marcos de referencia contable bajo NIIF establecen que éstos incluyen (i) los ingresos de actividades ordinarias propiamente dichos, (ii) las ganancias y (iii) las ganancias no realizadas.”.

Los ingresos de actividades ordinarias propiamente dichos surgen en el curso de las actividades ordinarias de la entidad y corresponden a una variada gama de denominaciones, tales como ventas, honorarios, intereses, dividendos, alquileres y regalías. Las “ganancias” son otras partidas que, de cumplir con la definición de ingresos, pueden o no surgir de las actividades ordinarias llevadas a cabo por la entidad.

Por su parte, al referirse a la definición de gasto,

los marcos contables indican que incluye tanto las pérdidas como los gastos que surgen en las actividades ordinarias de la entidad. Entre los gastos de la actividad ordinaria se encuentran, por ejemplo, el costo de las ventas, los salarios y la depreciación. Usualmente, los gastos toman la forma de una salida o depreciación de activos, tales como efectivo y otras partidas equivalentes al efectivo, inventarios o propiedades, planta y equipo. Son pérdidas otras partidas que, de cumplir con la definición de gastos, pueden o no surgir de las actividades ordinarias de la entidad. La definición de gastos también incluye las pérdidas no realizadas.

Con la entrada en vigencia de los nuevos marcos contables, los resultados del ejercicio, es decir, los ingresos, los costos y gastos, se reflejan en el estado de resultado integral, que combina un estado de resultado del período y otro resultado integral del período, también denominado “ORI” (que es una



partida que hace parte del patrimonio y hace referencia a ingresos o gastos no realizados). Es decir, los resultados se evidencian en diferentes estados financieros.

El estado de resultado del período contiene el total de los ingresos menos los gastos, sin incluir los componentes del ORI, ya que el ORI comprende partidas de ingresos y gastos (incluyendo ajustes por reclasificación) que no se reconocen en el resultado del período, tal como lo requieren o permiten otras NIIF.

Por lo anterior, la “ganancia” que está a disposición del máximo órgano social para ser repartida a título de dividendo, es la determinada como total del resultado del período, toda vez que como se indicó anteriormente, los componentes del ORI hacen parte del patrimonio, cuyos valores aún no se han realizado y por ende no son susceptibles de ser distribuidos entre los socios o accionistas.(...)”.

Lo anterior, sin perjuicio que de manera particular se indique por parte del Consejo Técnico de la Contaduría Pública (CTCP), alguna interpretación técnica de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Único 2420 de 2015, modificado por los Decretos 2496 de 2015, 2131 y 2132 de 2016, 2170 de 2017 y 2483 de 2018, en los cuales se faculta al CTCP para resolver las inquietudes que se formulen en desarrollo de la adecuada aplicación de los marcos técnicos normativos de las normas de contabilidad, información financiera y de aseguramiento de la información, y el numeral 3° del Artículo 33 de la Ley 43 de 1990, que señala como una de sus funciones el de servir de órgano asesor y consultor del Estado y de los particulares en todos los aspectos técnicos relacionados

con el desarrollo y el ejercicio de la profesión.

Por último, al respecto del carácter tributario, esta entidad no es autoridad en materia, de acuerdo con las estipulaciones del Decreto 4048 de 2008, razón por la cual, en asuntos tributarios, será la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales quien deberá pronunciarse al respecto, por lo cual podrá mencionarse al consultante los siguientes conceptos que ha emitido la DIAN al respecto que pueden ser de su interés: concepto 10020822 – 000443 del 25 de febrero de 2019, disponible en:

https://www.dian.gov.co/impuestos/RST/Normas/Documents/Concepto_4608_Utilidades.pdf; Concepto No. 100208221 – 001825 del 17 de octubre de 2018, disponible en: <https://cijuf.org.co/normatividad/oficio/2018/oficio-1825.html>.

**MÁS INFORMACIÓN DEL OFICIO
220-091121 DEL 3 DE SEPTIEMBRE
DE 2019 AQUÍ:**



OFICIO 220-095473 DEL 9 DE SEPTIEMBRE DE 2019

DOCTRINA:

ARTÍCULO 194 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y ARTÍCULO 118 DE LA LEY 1563 DE 2012.

PLANTEAMIENTO:

1. ¿Es procedente la impugnación de actas por nulidad absoluta o relativa ante la justicia ordinaria, si en los estatutos de una sociedad constituida en 1989, se sometan todas las controversias a la justicia arbitral de conformidad con el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012 que derogó el artículo 194 del Código de Comercio?
2. Por conflictos internos de la sociedad no ha sido posible desde el año 1995 una reforma de estatutos, frente a este escenario ¿La derogatoria del artículo 194 del Código de Comercio que hace el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, prevalece sobre la voluntad de los socios en la época en que se constituyó la sociedad, esto es, el año 1989?
3. Informar la posición de la oficina Jurídica de la Entidad y si existen pronunciamientos de la Delegatura con funciones jurisdiccionales sobre la interpretación de la derogatoria que hace el artículo 118 de la Ley 1563 del artículo 194 del Código de Comercio, caso en el cual agradezco remitir los radicados para consulta”.

POSICIÓN DOCTRINAL:

La jurisdicción societaria cambió la posición doctrinal adoptada y sostuvo que antes de la vigencia de la Ley 1563 de 2012, se encontraba la prohibición consagrada en el artículo 194 del Código de Comercio y en tal virtud, si la sociedad se había constituido con anterioridad a la vigencia de la ley, debía aplicar en forma ultra activa la regla del artículo 194 del Código de Comercio¹ y por tanto la impugnación de decisiones sociales competía a la justicia ordinaria.

Lo anterior, con fundamento en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, en el que se expresa que “(...) En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración (...)”.

Por ello, esta entidad mediante Auto 820-0009967-2016, concluyo lo siguiente: “(...) Así pues, en vista de que la cláusula compromisoria contenida en los estatutos de xxxxxx Ltda., se incluyó el 1 de febrero de 2008 -esto es, durante la vigencia del artículo 194 del Código de Comercio-, este Despacho declarará no probadas las excepciones previas de falta de

jurisdicción y cláusula compromisoria, pues es claro que en el aludido pacto arbitral -negocio jurídico autónomo al contrato de sociedad del cual forma parte- ha de entenderse incorporada la inarbitrabilidad de la impugnación a que refiere el artículo 194 en comento (...)”.

La anterior posición fue ratificada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, al indicar que “(...) Bajo tal hermenéutica, no es absurdo predicar, entonces, que la cláusula compromisoria traída a colación por la tutelante es ineficaz, puesto que para el momento en que fue convenida, esto es, el 1° de febrero de 2008, se encontraba vigente el artículo 194 del Código de Comercio, que disponía que «las acciones de impugnación previstas en este Capítulo se intentarán ante los jueces, aunque se haya pactado cláusula compromisoria (...) y, por ende, con independencia de cualquier criterio que exista sobre los efectos de esta clase de pactos frente a los accionistas que ingresen con posterioridad a su estipulación, resulta acertada la decisión de la Superintendencia

de Sociedades, dado que, se reitera, tal pacto nunca ha tenido validez (...)" (S-2016).

También por la vía jurisdiccional, esta Superintendencia mediante Auto 2013-801-0096, emanado de la Delegatura para Procedimientos Mercantiles, expresó lo siguiente:

"(...) Por lo demás, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que 'el sustento de la justicia arbitral es el acto voluntario y libre de los contratantes de acudir a los árbitros, como quiera que "el arbitramento tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar". Por consiguiente, la habilitación de los árbitros por parte de todos y cada uno de los contratantes, es un requisito constitucional imperativo sin el cual no es procedente la justicia arbitral (...)" Y en cita a pie de página señaló lo siguiente:

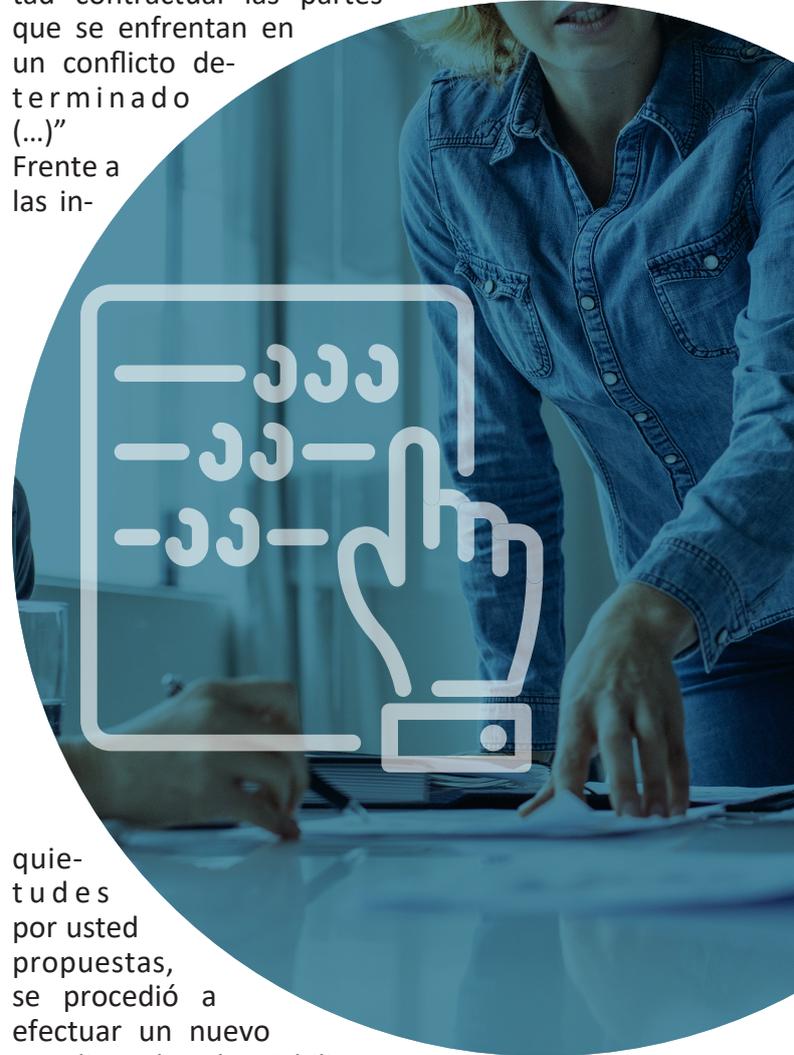
"Sentencia C-163 de 1999. Véanse también las sentencias C-242 de 1997, C-163 de 1999, C-193 de 1999, C-1140 de 2000, C-1038 de 2002, y C-330 de 2012. En la sentencia SU-174 de 2007, la Corte Constitucional expresó que 'el anterior recuento jurisprudencial demuestra, en síntesis, la importancia dada por la Constitución a la autonomía de las partes como fundamento del origen de cada proceso arbitral, y que el principio de habilitación voluntaria de la justicia arbitral por las partes ha sido uno de los ejes cardinales de la doctrina constitucional sobre el tema, en aplicación del artículo 116 de la Carta. Incluso el Legislador debe respetar la autonomía de la voluntad de las partes. La Corte ha concluido que son contrarias a este principio esencial que determina el origen, los alcances, el ámbito y los efectos del arbitramento las normas legales que (i) imponen a los particulares en determinados contextos la obligación de acudir al arbitraje; (ii) exigen a ciertas empresas estatales someter las diferencias que puedan surgir en los contratos que celebran a procesos arbitrales; (iii) obligan a las partes en ciertos tipos de contratos a incluir una cláusula compromisoria; o (iv) atribuyen funciones arbitrales a entidades o individuos que no han sido expresamente habilitados por las partes en ejercicio de su voluntad libre y autónoma'.

Agrega la corte en la referida sentencia de la unificación:

"(...) En otras palabras, el sustento de la justicia arbitral es el reconocimiento constitucional expreso de la decisión libre y voluntaria de las partes contratantes de no acudir al sistema estatal de administración de justicia sino al arbitraje para la decisión de sus disputas: la habilitación voluntaria de los árbitros es, por lo tanto, un requisito constitucional imperativo que determina la procedencia de este mecanismo de resolución de controversias. Así, la jurisprudencia

constitucional ha señalado que la principal y fundamental diferencia entre la justicia que administran los árbitros y la que administran los jueces de la República es que, mientras que los jueces ejercen una función pública institucional que es inherente a la existencia misma del Estado, los particulares ejercen esa función en virtud de la habilitación que les han conferido en ejercicio de la autonomía de su voluntad contractual las partes que se enfrentan en un conflicto determinado (...)"

Frente a las in-



quietudes por usted propuestas, se procedió a efectuar un nuevo estudio sobre la viabilidad de impugnar las decisiones sociales a través del mecanismo de la cláusula compromisoria, para cuyo propósito, se procedió a revisar la normatividad aplicable y estudios relacionados, dentro de los cuales se encontró un documento publicado en el mes de julio de 2019, en la revista ARBITRIO de la Cámara de Comercio de Bogotá, efectuado por el Doctor Juan Pablo Liévano Vegalara, actual Superintendente de Sociedades y la Doctora Yolima Prada Márquez que se titula "EL PACTO ARBITRAL EN EL CONTRATO SOCIETARIO: COMPARATIVO JURISPRUDENCIAL", páginas 60 a 65 algunos de cuyos apartes expresan lo siguiente: "(...) se estima que la prohibición del artículo 194 del Código de Comercio ha sido derogada expresamente por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012.

Por su parte, el numeral primero del artículo 38 de la Ley 153 de 1887 exceptúa de la aplicación de las leyes vigentes al momento del contrato, las “concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato”; por consiguiente, la misma norma en la que se han fundamentado, contempla dentro de su cuerpo la excepción indicada.

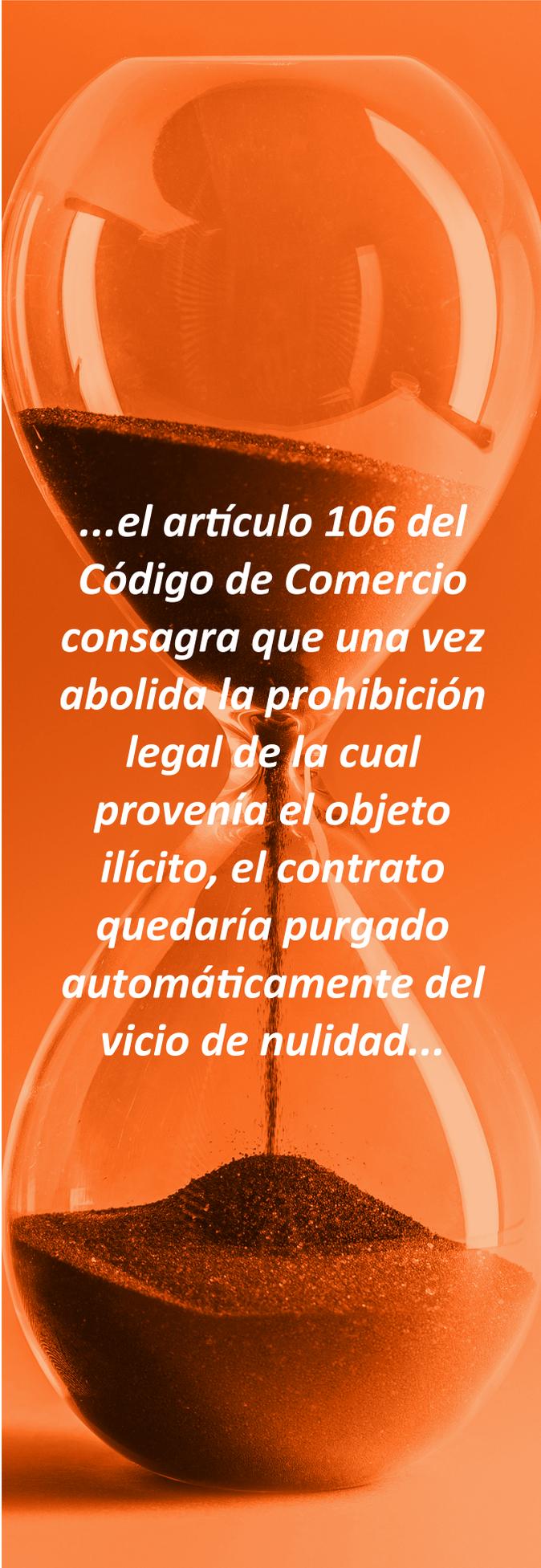
De igual manera, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 modificado a su vez por el artículo 626 del Código General del Proceso, explícitamente consagra la forma de aplicar las normas procesales cuando ocurre un tránsito de legislación; siendo, por tanto, completamente procedente aplicar la nueva normatividad, aunque las sociedades se hubieren creado bajo el imperio de la norma procesal anterior.

Así mismo, el artículo 13 del Código General del Proceso es perentorio en cuanto a la observancia de las normas procesales, por lo que no resultaría viable desconocer dichas disposiciones so pretexto de una supervivencia o ultra actividad de la norma que, en nuestro criterio, se encuentra derogada. Más aún, el artículo 624 del referido Código advierte que la competencia se regirá por la legislación vigente al momento de la formulación de la demanda, teniendo presente, además, que las facultades del numeral quinto del artículo 24 de dicha codificación, es una de las posibilidades de acceso a la justicia que existen, pudiendo las partes libremente pactar mecanismos alternativos de solución de conflictos, como lo es la cláusula compromisoria.

Siendo más precisos, el artículo 120 del Código de Comercio consagra específicamente cómo entender el tránsito de legislación en el caso del contrato social, indicando que debe prevalecer la nueva ley, -en este caso el Estatuto Arbitral-, en lo que hace referencia a las relaciones entre los socios, derivadas del contrato, como serían las generadas de las decisiones sociales adoptadas, para su posible impugnación.

En adición, el artículo 106 del Código de Comercio consagra que una vez abolida la prohibición legal de la cual provenía el objeto ilícito, el contrato quedaría purgado automáticamente del vicio de nulidad; consecuencia que se encuentra en consonancia con el artículo sexto del Código Civil; por ende, desaparecida la prohibición los actos se tornarían válidos (...)

Como se observa, la anterior postura afirma que la cláusula compromisoria, es parte integrante de los estatutos sociales y en tal virtud, una vez registrada la escritura de constitución en cámara de comercio, es oponible a terceros junto con todas las cláusulas que se hubieren incorporado, aún aquellas que otorgan todos los socios antes de su registro, mediante escri-



**...el artículo 106 del
Código de Comercio
consagra que una vez
abolida la prohibición
legal de la cual
provenía el objeto
ilícito, el contrato
quedaría purgado
automáticamente del
vicio de nulidad...**

OFICIO 220-104081 DEL 26 DE SEPTIEMBRE DE 2019

DOCTRINA:

CONSTITUCIÓN DE RESERVAS OCASIONALES SIN DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES EN LAS SOCIEDADES POR ACCIONES REGULADAS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO.

PLANTEAMIENTO:

1. “¿Puede la asamblea destinar el 100% de las utilidades a constituir reservas ocasionales y abstenerse de repartir utilidades a los accionistas?”
2. ¿Por cuánto tiempo se puede constituir dicha reserva? ¿Es obligatorio que se ejecute dentro del ejercicio en el que se aprueba?”
3. ¿Según la redacción del artículo 155 del C. Co. Si se tiene la mayoría especial del 78% de las acciones representadas, se puede aprobar válidamente que no se paguen dividendos a los accionistas? ¿Esta decisión sería obligatoria para los accionistas que votaron en contra y para los disidentes (sic)? O debe la sociedad distribuir como mínimo el 50% de las utilidades como lo dice el artículo 155 del C. Co. o el 70% si están cubiertas las reservas

POSICIÓN DOCTRINAL:

Sobre el asunto objeto de la consulta es de señalar que las reservas “son apropiaciones de las utilidades que los asociados deciden detraer, con el fin de cubrir contingencias futuras o de cumplir la finalidad determinada por la asamblea o junta de socios”, respecto de las cuales el Código de Comercio prescribe que “Además de las reservas establecidas por la ley o los estatutos, los asociados podrán hacer las que consideren necesarias o convenientes, siempre que tengan una destinación especial, que se aprueben en la forma prevista en los estatutos o en la ley (...)”, y “salvo que en los estatutos se fijare una mayoría decisoria superior, la distribución de utilidades la aprobará la asamblea o junta de socios con el voto favorable de un número plural de socios que representen, cuando menos, el 78% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión. Cuando no se obtenga la mayoría prevista en el inciso anterior, deberá distribuirse por lo menos el 50% de las utilidades líquidas o del saldo de las mismas, si tuviere que enjugar pérdidas de ejercicios anteriores”.

Esta última mención debe interpretarse armónica-

mente con el artículo 454 del Código de Comercio.

Además, el estatuto comercial prevé que las reservas ocasionales son aquellas dispuestas por el máximo órgano social, las cuales “sólo serán obligatorias para el ejercicio en el cual se hagan y la misma asamblea podrá cambiar su destinación o distribuirlas cuando resulten innecesarias”; “si la suma de la reserva legal, estatutaria u ocasionales excediere del ciento por ciento del capital suscrito, el porcentaje obligatorio de utilidades líquidas que deberá repartir la sociedad conforme al artículo 155, se elevará al 70%”; “hechas las reservas a que se refieren los artículos anteriores, se distribuirá el remanente entre los accionistas (...)”, y cada acción confiere a su propietario el derecho de “recibir una parte proporcional de los beneficios sociales establecidos por los balances de fin de ejercicio, con sujeción a lo dispuesto en la ley o en los estatutos”.

De otra parte, la Ley 1258 de 2008 regula las sociedades por acciones simplificada y prescribe que en lo no previsto en esta ley “la sociedad por acciones simplificada se regirá por las disposiciones contenidas en los estatutos sociales, por las normas legales

que rigen a la sociedad anónima y, en su efecto, en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen a las sociedades previstas en el Código de Comercio”, y las prohibiciones consagradas en los artículos 155 y 454 del Código de Comercio, entre otras, “no se les aplicarán a las sociedades por acciones simplificadas, a menos que en los estatutos se disponga lo contrario”.

A partir de estas disposiciones se procede a dar respuesta a los interrogantes planteados.

1.- La primera pregunta, respecto a si la asamblea de accionistas puede abstenerse de repartir utilidades a los socios, destinando la totalidad de las mismas a constituir reservas ocasionales, se responde afirmativamente, pues si bien la percepción de utilidades es un derecho de los accionistas reconocido en la ley, éste derecho puede ser renunciado total o parcialmente por los socios constituidos en asamblea general, y con el lleno de las formalidades legales, una vez aprobados los balances del ejercicio anterior, usando como modalidad la constitución de reservas. En todo caso siempre hay que tener presente que las disposiciones legales en relación con el reparto de utilidades se encaminan a salvaguardar el derecho del asociado a recibir el beneficio del ejercicio social, por lo que actividades tendientes a crear reservas innecesarias o transacciones que impliquen costos que anulen las utilidades son prácticas indeseables en el derecho societario, que se discuten bien judicialmente en el ámbito de la responsabilidad de los administradores o administrativamente bajo las normas que rigen las actividades de inspección, vigilancia y control a cargo de la Superintendencia de Sociedades.

2.- A la segunda pregunta, en la que se indagó por cuánto tiempo puede la asamblea de accionistas abstenerse de repartir utilidades a los socios para destinarlas a constituir reservas ocasionales y si es obligatorio que las mismas se ejecuten dentro del ejercicio en el que se aprueban, se responde que la constitución de este tipo de reservas no tienen vocación de permanencia, sino que están delimitadas en el tiempo por la finalidad para la cual fueron constituidas, finalidad que puede ser variada por decisión de los socios en la Asamblea o ser distribuidas entre los asociados.

Conforme a lo anterior, las reservas ocasionales una vez constituidas producen efectos financieros para el ejercicio en que son decretadas, lo cual no quiere decir que deban ejecutarse dentro de la anualidad en la que se crean.

Tampoco es indispensable que las reservas ocasionales se ejecuten dentro del mismo ejercicio fiscal en el que se aprueban, en razón a que su permanencia depende de la voluntad de los socios y del propósito para el cual fueron constituidas.

3.- En torno a la tercera pregunta, referida al alcance del artículo 155 del Código de Comercio, en el que se consagran las mayorías y el porcentaje de distribución de utilidades de acuerdo a las mismas, es menester señalar que en tratándose de las sociedades por acciones del Código de Comercio, debe hacerse la interpretación conjunta de los artículos 155 y 454 del mismo estatuto, en los que se consagran, de una parte, las mayorías y el porcentaje general de distribución de utilidades y, por otro lado, el porcentaje obligatorio de utilidades líquidas a repartir en la sociedad anónima cuando la suma de las reservas excede

el 100% del capital suscrito. Esto significa que para el no pago de dividendos a los accionistas en las sociedades por acciones reguladas por el Código de Comercio, se requiere: (i) el voto favorable de cuando menos el 78% de las acciones representadas en la reunión, salvo que en los estatutos sociales se consagre una mayoría decisoria superior, y (ii) que el monto total de las reservas legales, estatutarias y ocasionales no excedan del 100% del capital suscrito.

Por lo tanto, con la mayoría especial del 78% de las acciones representadas en la reunión, la asamblea general de accionistas (i) puede decidir no distribuir utilidades, para destinarlas a la constitución de una reserva ocasional, siempre que la suma de las reservas (legales, estatutarias y ocasionales) no exceden el 100% del capital suscrito, o (ii) debe distribuir el 70% de las utilidades, si la totalidad de las reservas (legales, estatutarias y ocasionales) exceden el 100% del capital suscrito.

Así mismo, si no se obtiene la mayoría especial en mención (78%), el máximo órgano social debe repartir, como mínimo: (i) el 50% de las utilidades, si el monto total de las reservas (legales, estatutarias y ocasionales) no exceden el 100% del capital suscrito, o (ii) el 70% de las utilidades, si la totalidad de las reservas (legales, estatutarias y ocasionales) exceden el capital suscrito.



**MÁS INFORMACIÓN DEL
OFICIO 220-104081 DEL 26 DE
SEPTIEMBRE DE 2019 AQUÍ:**



OFICIO 220-096777 DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2019

DOCTRINA:

LOS ACREEDORES EXTRANJEROS GOZAN DE LOS MISMOS DERECHOS QUE LOS ACREEDORES NACIONALES FRENTE AL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA FRENTE A LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS.

PLANTEAMIENTO:

La consulta hace relación con el tratamiento que se le da en un proceso de insolvencia bajo la Ley 1116 de 2006, a una garantía real constituida sobre un bien localizado en el extranjero.

1. “(...) Quisiera saber cuál es el tratamiento que se le da en un proceso de insolvencia bajo la ley 1116 de 2006, a una garantía real constituida sobre un bien localizado en el extranjero, en el cual el contrato de garantía real se rige por una ley distinta a la colombiana, pero el bien dado en garantía es propiedad de un deudor colombiano. En particular si: (1) el acreedor garantizado con una garantía real con las características mencionadas, sería un acreedor de segunda clase en un proceso de insolvencia...”

1.1. Ley aplicable a la constitución, oponibilidad, registro, prelación y ejecución en las garantías mobiliarias.

El artículo 83 de la Ley 1676 de 2013, prescribe lo siguiente:

“(...) Artículo 83. Ley aplicable en caso de conflicto de leyes. La ley aplicable a la constitución, oponibilidad, registro, prelación y ejecución será la del Estado en el que se encuentre el bien objeto de la garantía mobiliaria.

Si el bien garantizado suele utilizarse en más de un Estado, la ley aplicable será la del Estado en el que se encuentre el garante.

Si el bien garantizado es objeto de inscripción en un registro especial, la ley aplicable será la ley del Estado bajo cuya jurisdicción esté el registro.”

Sin embargo, en el contexto de que se haya constituido una garantía real de una sociedad concursada

sobre un bien localizado en el extranjero, será necesario distinguir entre bienes inmuebles y bienes muebles.

Frente a los primeros, el artículo 2436 del Código Civil dispuso:

“ARTICULO 2436. HIPOTECAS CELEBRADAS EN EL EXTRANJERO. Los contratos hipotecarios celebrados fuera de la república o de un territorio darán hipoteca sobre bienes situados en cualquier punto de ella o del respectivo territorio, con tal que se inscriban en el competente registro. (Subrayado fuera de texto). Luego entonces, frente a garantías hipotecarias sobre bienes inmuebles ubicados en el exterior de propiedad de una sociedad colombiana que tramita un proceso concursal en Colombia, será necesario en primer lugar cumplir con las formalidades de su constitución como el realizar la inscripción del gravamen ante registro correspondiente, conforme a la norma internacional.

Ahora bien, la administración de la sociedad colombiana que ha sido admitida, al trámite de un proceso de reorganización, debió adjuntar con la solicitud del proceso en mención, un proyecto calificación y graduación de créditos, dentro del cual, en atención al gravamen indicado ha debido calificarlo y graduarlo en el orden de prelación legal de tercera clase. (Núm. 7° del artículo 13 ley 1116 de 2006.)

Aunado de lo anterior, la administración de la sociedad colombiana que ha sido admitida al trámite de un proceso de reorganización, también debió repor-

tar con la solicitud del trámite de reorganización, un inventario debidamente valorado a la fecha de presentación de los estados financieros allegados con la solicitud, con la descripción de los bienes dados en garantía determinando cuales son necesarios o no necesarios para el desarrollo de la actividad económica de deudor. Toda vez que en los términos del Art. 50 Ley 1616 de 2013, se prohíbe continuar con la ejecución no así sobre los bienes que no tienen la connotación de necesarios sobre los cuales el juez autorizará su ejecución.

Para el caso del proceso de liquidación judicial, los acreedores deberán hacerse parte dentro del citado proceso aportando los documentos idóneos en los términos indicados, a la luz de lo prescrito por los artículos 29, 30, y numeral 5° del artículo 48 Ley 1116 de 2006.

Frente a garantía sobre bienes muebles ubicados en el exterior, amén de lo expresado anteriormente, será considerado como crédito de segunda clase, si cumple con los requisitos de constitución, oponibilidad, registro, prelación y ejecución anotados como los aspectos procesales anteriormente precisados en cada uno de los procesos de que está estructurado el régimen de insolvencia.

Lo anterior, también sin desconocer las garantías mobiliarias exceptuadas del ámbito de aplicación, del régimen de garantías mobiliarias a tono con lo dispuesto por lo el artículo 4 de la Ley 1676 de 2013, 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 sobre:

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 20054.
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.”

Conforme a lo anterior y según la clase de bienes de que se trate será un crédito de segunda (prenda -ga-

rantía mobiliaria) o tercera (hipoteca) clase dentro de la calificación y graduación de créditos dentro de un proceso de insolvencia.

2 “(...) (2) si una garantía real de tales características, puede ser registrada como garantía mobiliaria y en este sentido, si el acreedor garantizado podría gozar de las prerrogativas establecidas en los artículos 50 a 52 de la ley 1676 de 2013.”

Conforme a lo previsto por el artículo 83 de la ley 1676 de 2013, citado en el punto anterior se infiere lo siguiente:

A- En el primer caso como en el tercero de eventos descritos en la norma indicada, la ley aplicable sería la del estado en el que se encuentre el bien objeto de la garantía, o de donde se haya hecho el registro especial, tanto para bienes muebles e inmuebles, en el entendido de que estos se encuentran en el exterior.
B- En el segundo de los casos, en la medida en que el garante es colombiano, la norma a aplicar es la colombiana independientemente del estado de donde se utilizare el bien objeto de la garantía mobiliaria, es decir la ley aplicable sería Ley 1676 de 2013, con concordancia con la Ley 1116 de 2006.

Ahora bien, respeto de los fundamentos facticos descritos en el literal A, en Opinión de esta Oficina Jurídica, se presentaría uno de los eventos de insolvencia transfronteriza, a tono con lo previsto por el numeral 2 del artículo 86 de la Ley 1116 de 2006, así:

“(…) Artículo 86. Casos de insolvencia transfronteriza. Las normas del presente Título serán aplicables a los casos en que:

(...)

2. Sea solicitada la asistencia en un Estado extranjero en relación con un proceso tramitado con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia, o”

(...)

4. Los acreedores u otras personas interesadas, que estando en un Estado extranjero, tengan interés en solicitar la apertura de un proceso o en participar en un proceso en curso con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia.”

Así mimo, no debe desconocerse también lo previsto por el artículo 88 del régimen de insolvencia, así:

“(…) Artículo 88. Obligaciones internacionales del Estado. En caso de conflicto entre la presente ley y una obligación de la República de Colombia nacida de un tratado u otra forma de acuerdo en el que sea parte con uno o más Estados, prevalecerán las disposiciones de ese tratado o acuerdo.”

Lo anterior conlleva, a que el promotor como el liquidador de la sociedad concursada, se encuentran

facultados para actuar en un estado extranjero en representación de un proceso concursal admitido en Colombia, a efectos de que sea reconocido el proceso colombiano de insolvencia correspondiente y se accedan a las medidas previstas por los artículos 100 a 116 de la Ley 1116 de 2006, en defensa de los bienes de la sociedad concursada, tales como medidas cautelares de embargo, secuestro, suspensión de todo proceso de ejecución, la imposibilidad de iniciar o de admitir procesos ejecutivos en contra del deudor, etc.

De lo anterior se entiende que los acreedores extranjeros gozan de los mismos derechos que los acreedores nacionales respecto de la apertura de un proceso en la República de Colombia y de la participación en él con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia, como del principio de publicidad en el entendido de que siempre que, con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia, deba informarse el inicio o apertura de algún proceso a los acreedores que residan en Colombia, esa información también debe remitirse a los acreedores conocidos que no tengan una dirección en Colombia, es decir en el exterior.

Ciertamente entonces, en desarrollo de los principios de: “acceso de los acreedores extranjeros a un proceso seguido con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia” y de “publicidad a los acreedores en el extranjero con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia”, previstos por los artículos 98 y 99 de la ley ídem, los acreedores extranjeros gozan de los mismos derechos que los acreedores nacionales frente al régimen de insolvencia, como de las prerrogativas de constitución, oponibilidad, registro, prelación y ejecución de las garantías mobiliarias constituidas con arreglo a la normatividad del estado extranjero en donde se encuentren o donde se haya realizado el registro especial de la garantía mobiliaria, a la entrada en vigencia

de la Ley 1676 de 2013, como con respecto de las garantías hipotecarias constituidas durante esa misma vigencia, a tono con lo previsto por los artículos 83 de la Ley 1676 de 2013 y artículo 2436 del Código Civil.

Claro está, sin perjuicio de las etapas perentorias para el reconocimiento de las acreencias precisado para cada proceso, como de las cargas procesales que deben ejercer los acreedores en ese sentido, a efectos no solo del reconocimiento del crédito sino como consecuencia de ello de las prerrogativas previstas por los artículos 50 a 52 de la Ley 1676 de 2013. Todo ello, sin desconocer la regla de pago para los procesos paralelos prevista por el artículo 116 de la Ley 1116 de 2006, así:

“(…) “Artículo 116. Regla de pago para procesos paralelos. Sin perjuicio de los derechos de los titulares de créditos garantizados o de derechos reales, un acreedor que haya percibido un cobro parcial respecto de su crédito en un proceso seguido en un Estado extranjero con arreglo a una norma extranjera relativa a la insolvencia, no podrá percibir un nuevo pago por ese mismo crédito en un proceso de insolvencia seguido con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia respecto de ese mismo deudor, en tanto que el pago percibido por los demás acreedores de la misma categoría sea proporcionalmente inferior al cobro ya percibido por el acreedor.”

Conforme a lo anterior, para responder su segundo interrogante, baste con señalar que el acreedor puede ser beneficiario de las prerrogativas definidas en la Ley 1676 de 2013, siempre y cuando se haya cumplido con las formalidades legales propias para cada tipo de garantía real.

**MÁS INFORMACIÓN DEL
OFICIO 220-096777 DEL 11 DE
SEPTIEMBRE DE 2019 AQUÍ:**





SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
Más empresa, más empleo



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

