

220-64645, octubre de 1998

Ref : Competencia de la Superintendencia de Sociedades respecto de las discrepancias sobre la ocurrencia de las causales de disolución de las Sociedades de Hecho a la luz del artículo 138 de la ley 446 de 1.998.

Me refiero a su comunicación radicada con el número 305522, por medio de la cual se refiere al artículo 138 de la ley 446 de 1998, que atribuyó a la Entidad la competencia para dirimir las discrepancias sobre la ocurrencia de causales de disolución de sociedades no sometidas a la vigilancia y control del Estado o que estándolo, la entidad respectiva no tenga dicha facultad, y manifiesta que en el mencionado artículo no se precisa si se trata solamente de sociedades mercantiles legalmente constituidas o si la Superintendencia, puede también conocer de trámites de sociedades de hecho, expone sus argumentos y consulta la posición del Despacho al respecto.

Sobre el particular, en aras de un mejor entendimiento y precisión jurídica y con el fin de dilucidar el interesante tópico que nos ocupa, considero pertinente realizar las siguientes consideraciones :

1.- En primer lugar debe tenerse en cuenta que de conformidad con los mandatos contenidos en el estatuto mercantil, la sociedad comercial deberá constituirse por escritura pública, copia de la cual debe ser inscrita en el registro mercantil correspondiente al lugar del domicilio social y adoptar cualesquiera de los tipos societarios que contempla la ley-

Sobre este particular, esta Superintendencia ha expresado:

"... Según el artículo 110 del Código de Comercio comentado, la sociedad no solamente debe constituirse por escritura pública, sino que tiene que adoptar cualquiera de las formas de asociación comercial que regula el mismo Código en los Títulos III, IV, V y VI del Libro Segundo; exclusivamente bajo cualquiera de esas formas puede considerarse constituida legalmente porque es esa forma la que determina el régimen de las relaciones jurídicas derivadas del contrato, tanto entre los asociados como frente a terceros; y ese régimen propio de cada especie de sociedad determina especialmente la responsabilidad que corresponde a los socios y la forma como opera esa responsabilidad por los negocios sociales al producirse la separación de patrimonios, propia de la personificación de la sociedad.

Del contenido de los artículos 110,167, 259 y 270 del Código de Comercio se desprende que una sociedad que no está constituida bajo los lineamientos legales de una sociedad anónima, la de responsabilidad limitada, la colectiva o la en comandita, que son las formas que admite nuestro Código, no estará legalmente constituida y por lo tanto no será una persona jurídica y sus existencia no será oponible a terceros como tal" (Oficio EX01680 del 23 de febrero de 1.981, publicado en Doctrinas y Conceptos Jurídicos 1.995. Superintendencia de Sociedades, página 454)

2.- La sociedad comercial de hecho no se constituye por escritura pública y por lo tanto carece de personalidad jurídica. Es así como al carecer del atributo anterior, los derechos que se adquieran y las obligaciones que se contraigan son adquiridos única y exclusivamente a favor o a cargo de los socios.

En relación con este tópico en el oficio ya mencionado se expresó:

"... En nuestro régimen legal disfrutan, por consiguiente, del beneficio de la personalidad jurídica todas las sociedades formadas de acuerdo con la ley, pues el recurso técnico de la personalidad jurídica permite regular en forma más clara y sencilla la actuación de las sociedades tal como quedó expresado, cosa que no acontecería si ellas fueran consideradas como simples formas de asociación sin una capacidad jurídica propia y autónoma.

Naturalmente, la sociedad de hecho carece de personalidad jurídica porque, conforme el inciso 2º del artículo 98 aludido, es condición básica para la existencia de ésta la constitución legal de la compañía, es decir su formación por escritura pública, requisito que, por definición, no cumplen las compañías de hecho; además, el punto está expresamente definido por el artículo 499 del Código de Comercio, cuyo texto se inicia con la afirmación explícita de que "la sociedad de hecho no es persona jurídica".

No sobra subrayar que la personalidad jurídica de las sociedades se obtiene en forma automática e inmediata, por el solo hecho de su constitución regular y sin necesidad de ningún trámite administrativo previo, cosas que no sucede con las demás formas de asociación, las cuales solo alcanzan la personalidad mediante un expreso pronunciamiento oficial." (Obra citada, página 456)

3.- Respecto a la inspección, vigilancia y control que ejerce esta entidad sobre las sociedades mercantiles, esta Superintendencia ha considerado que tales atribuciones no proceden respecto de las sociedades de hecho. En efecto, en el Oficio EX -01680 ya mencionado expresó:

"...Se trata, pues, esencial y exclusivamente de un control de la legalidad de la formación y del funcionamiento de las sociedades, en guarda de los intereses generales protegidos con las leyes y los decretos que regulan la celebración y ejecución de un contrato de sociedad ; lo mismo que de un control del cumplimiento de los estatutos, en guarda también de los intereses de los asociados comprometidos en el cumplimiento del contrato social, que, conforme al artículo 1602 del Código Civil, y como cualquiera otro contrato válidamente celebrado, constituye una ley para las partes.

Así las cosas, la sociedad de hecho no es sujeto de vigilancia estatal, toda vez que con éstas se busca fundamentalmente la protección de los terceros y de los mismos socios y el regular funcionamiento de la sociedad persona jurídica ; vigilancia que se ha instituido sobre aquellas compañías en las cuales se restringe la responsabilidad de los socios, circunstancia que no puede predicarse de la sociedad de hecho donde los asociados responden ilimitada y solidariamente.

En síntesis, una asociación no podrá ser sujeto de vigilancia si tiene la naturaleza de la sociedad de hecho pues es entendido que no existe facultad constitucional para ejercerla, entre otras por las siguientes razones:

a) Es una sociedad de la cual puede decirse que existe dentro del ámbito contractual si en su formación se han observado los requisitos de su esencia, es decir, los señalados en el artículo 98 ibídem, pero no está contemplada dentro de las formas regulares de sociedad, pues la escritura pública(que no existe en la sociedad de hecho) está destinada a cumplir dos funciones de esencial importancia, cuales son, la de dar autenticidad al contrato social y la de tipificar la sociedad en esta forma auténtica.

La primera está inspirada en la idea de proteger a los socios mismos, para que no puedan desconocer el contenido y el sentido de las cláusulas consignadas en ella ; la segunda, la de tipificar la sociedad, se cumple con las estipulaciones que conforme al artículo 110 ibídem, debe contener la escritura social, con el fin de regular en forma clara y completa las relaciones derivadas del contrato social, de acuerdo con el tipo o especie de sociedad que se pacte ; por eso es precisamente por lo que, al tenor del artículo 498 del mismo Código, la sociedad comercial que no se constituye por escritura pública es una sociedad de hecho, esto es, una sociedad atípica, formada por fuera de los cuatro tipos o formas de sociedad a que se refiere la ley".

b) Por no constituirse legalmente, la sociedad no forma una persona jurídica independiente de los socios individualmente considerados. Y es precisamente esta la razón por lo cual la sociedad no puede ser sujeto de las obligaciones que impone la vigilancia del Estado, entre otras, enviar oportunamente los balances y estados de pérdidas y ganancias, etc. A tal punto no es sujeto de obligaciones, mas sí sus socios, ya que la matrícula no obliga a la sociedad de hecho sino a los asociados, como lo establece el último párrafo del artículo 31 del citado Código.

c) No podrán ser sancionadas, ya que si no existe una persona distinta de los socios, la sanción recaerá sobre cada uno de ellos, por cuanto en esta especie de asociación, como lo dispone el artículo 499 del mismo Código, "los derechos que se adquieren y las obligaciones que se contraigan para la empresa social, se entenderán adquiridas o contraídas a favor o a cargo de todos los socios de hecho".

d) No puede esta Entidad decretar la disolución de la sociedad al tenor del artículo 500 del Código de Comercio, toda vez que del contenido del mismo se desprende que la Superintendencia sólo puede hacer uso de esa facultad en el evento de que una sociedad comercial se constituya por escritura pública y cumpla con ciertos requisitos legales.

e) La práctica de visitas con inspección de libros, que es el medio como mejor puede cumplir sus funciones de vigilancia la Superintendencia, tampoco puede emplearse respecto de las sociedades de hecho, puesto que las cuestiones que han de ser investigadas por su medio, tienden en general a establecer si el funcionamiento de la sociedad es regular, es decir, si se ajusta a las disposiciones legales y a sus propios estatutos que son las que se plasman en la

escritura pública de constitución y en las reformas y de las cuales carece la sociedad de hecho". (obra citada, páginas 460 y 461).

4.- La sociedad de hecho por disposición legal está permanentemente expuesta a la declaratoria de disolución, pues de conformidad con el mandato contenido en el artículo 505 del estatuto mercantil, los socios podrán en cualquier tiempo pedir que se haga la liquidación de la sociedad y que se liquide y pague su participación en ella, lo cual corresponde a una medida de salvaguarda en su favor, pues no se les puede obligar a permanecer en una sociedad gravosa para ellos, habida consideración de la responsabilidad solidaria e ilimitada que les incumbe, así como por la especial afectación de los bienes comprometidos en desarrollo de la actividad social a favor de terceros acreedores.

5.- En cuanto al procedimiento para decretar la disolución de la sociedad de hecho, el artículo 627 del Código de Procedimiento Civil establece:

"A petición de cualquiera de los socios, procede declarar judicialmente la disolución y decretar la liquidación de una sociedad civil, comercial o de hecho, por las causas previstas en la ley o en el contrato social, siempre que tal declaración no corresponda a una autoridad administrativa."

Teniendo en cuenta lo ya expresado en el sentido que la sociedad de hecho no está sujeta a la inspección y vigilancia del estado, esta superintendencia no tiene la potestad de decretar la disolución como acontece con las sociedades sujetas a su vigilancia, por lo cual se concluye sin mayor dificultad que la declaratoria de disolución de una sociedad de hecho corresponde a la justicia ordinaria.

6.- La ley 446 de 1998, sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia, en el artículo 138, relativo a la DISOLUCION DE SOCIEDADES, contempla que:

"Discrepancias sobre las causales. La Superintendencia de Sociedades podrá dirimir las discrepancias sobre la ocurrencias de causales de disolución de sociedades no sometidas a la vigilancia y control del Estado o que estándolo, la entidad respectiva no tenga dicha facultad. Lo anterior podrá solicitarse por cualquier asociado mediante escrito presentado personalmente por el interesado o su apoderado, junto con los anexos que por vía reglamentaria determine el Gobierno Nacional".

En primer lugar llama la atención el Despacho respecto al hecho de que la disposición transcrita no se refirió de manera expresa a las sociedades de hecho, a diferencia de lo que sucede con el artículo 627 del C. de P.C., ya transcrito. Esta circunstancia permite concluir que el legislador de 1.998 no consideró pertinente atribuir a la Superintendencia la competencia en cuanto a disolución de las sociedades de hecho. Si el querer del legislador hubiera sido que la entidad asumiera competencia respecto a la disolución de las sociedades de hecho, lo hubiera señalado de manera expresa, máxime si se tiene en cuenta que tales sociedades jamás han estado sujetas a la inspección, vigilancia o control que ella ejerce.

Corroborar el planteamiento que se expone el hecho de que la referencia de la disposición a las sociedades no sometidas a la vigilancia del estado o que estándolo, la entidad respectiva no tenga dicha facultad, supone necesariamente el reconocimiento expreso de que la sociedad debe estar sujeta a la inspección o vigilancia del estado para que proceda la aplicación de la disposición, es decir que se trate de sociedades regulares. Ahora bien, como quiera que las sociedades de hecho no están sujetas a la inspección y vigilancia del estado habida consideración de que no son sujetos de derecho, tal como atrás se expresó, no procede la aplicación de la disposición.

Cabe agregar, que si se examinan las demás disposiciones de la ley 446 que asignaron competencia a esta Superintendencia ha de observarse que en ningún caso se refirió a las sociedades de hecho, lo cual pone de presente el querer del legislador en esta materia.

Con base en lo expuesto, se puede afirmar que la nueva función asignada a la Superintendencia de Sociedades en el artículo 138 de la ley 446, respecto a dirimir las discrepancias sobre la ocurrencia de las causales de disolución no procede respecto de las sociedades de hecho.

En los anteriores términos esta Oficina fija su criterio sobre el tema que nos ocupa, compartiendo con usted, aunque con argumentos diferentes su posición sobre el tema de la referencia.