

PRONUNCIAMINENTOS ADMINISTRATIVOS

2017

**INSPECCIÓN VIGILANCIA Y
CONTROL**



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Francisco Reyes Villamizar
Superintendente de Sociedades

Andrés Alfonso Parias Garzón
Superintendente Delegado para Inspección, Vigilancia y Control

Abril de 2017

Prefacio

La presente publicación contiene los principales pronunciamientos administrativos de la Superintendencia de Sociedades en los últimos 2 años, en materia de inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales, en especial sobre aspectos que trascienden de manera significativa en las relaciones económicas de la sociedad y sus administradores, con sus grupos de interés.

También se incluyen las normas impulsadas por la Entidad durante el año 2016, sobre las actividades de comercialización en red o mercadeo multinivel y respecto a la revelación de información y la administración de riesgos en la venta y administración de operaciones de libranza, actividades que merecen una especial supervisión por el impacto social que conllevan.

Tabla de contenido

	PAG.
PREFACIO	3
1. DERECHO DE INSPECCIÓN	6
1.1 <i>Ejercicio del derecho de inspección</i>	6
1.2 <i>Documentos objetos del derecho de inspección</i>	8
2. CONFLICTO DE INTERÉS	16
2.1 <i>Del administrador de hecho en una S.A.S.</i>	16
2.2 <i>Del liquidador de una sociedad</i>	24
2.3 <i>Del conflicto de interés como cláusula de los estatutos</i>	28
3 PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE TÍTULOS VALORES (ACCIONES)	36
<i>Cancelación por prescripción extintiva de títulos valores representativos de acciones ordinarias por decisión de la asamblea de accionistas</i>	36
4 PRESUPUESTOS DE INEFICACIA	41
4.1 <i>Los accionistas no están legitimados para convocar al Máximo Órgano Social</i>	43
4.2 <i>Las facultades de la Asamblea General de accionistas no son absolutas</i>	47
5 EL DEBER DE BUENA FE	51

6	SITUACIÓN DE CONTROL.....	64
6.1	<i>Control indirecto y conjunto de personas naturales.....</i>	65
6.2	<i>Inscripción de otra sociedad como matriz del Grupo Empresarial</i>	87
7.	DESARROLLOS NORMATIVOS.....	94
7.1	<i>Decreto 24 del 12 de enero de 2016.</i>	
	<i>Por el cual se reglamenta la Ley 1700 de 2013 sobre las actividades de comercialización en red o mercadeo multinivel en Colombia y se adiciona un capítulo al título 2 de la parte 2 del libro 2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, número 1074 de 2015, y se dictan otras disposiciones.....</i>	944
7.2	<i>Decreto 1348 del 24 de agosto de 2016.</i>	
	<i>Por el cual se reglamentan la revelación de información y la gestión de riesgos en la venta y administración de operaciones de libranza efectuadas al amparo de la Ley 1527 de 2012, se adiciona un capítulo al título 2 de la parte 2 del libro 2 y se modifica la sección 2 del capítulo 49 del título 2 de la parte 2 del libro 2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, número 1074 de 2015.....</i>	115
7.3	<i>Circular Externa 100-000001 del 25 de enero de 2016.</i>	
	<i>Por medio de la cual se solicita información sobre la actividad multinivel.....</i>	
7.4	<i>Circular Externa 100-000007 del 24 de agosto de 2016.</i>	
	<i>Por medio de la cual se solicita información sobre la actividad de comercialización y administración de créditos libranza.....</i>	119

DERECHO DE INSPECCIÓN

1. EJERCICIO DEL DERECHO DE INSPECCIÓN

Un grupo de accionistas de una sociedad anónima **BURCOX S.A.** denunció ante la Superintendencia de Sociedades que habían sido “desconvocados” de una reunión de asamblea general de accionistas, con lo cual, junto a la negativa de la administración de la sociedad a exhibir y entregar documentos, se les habría vulnerado su derecho de inspección. La administración de la compañía se defendió indicando que los accionistas en comento lo eran también de otra compañía **ATAX S.A.**, que competía directamente con la sociedad.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

La Superintendencia de Sociedades resolvió el recurso de reposición y en subsidio de apelación, contra la Resolución por la cual esta Entidad resolvió la controversia relacionada con el derecho de inspección, bajo las siguientes consideraciones:

“Consideró esta entidad que **ATAX S.A.**, compañía en la cual los [quejosos] tienen un interés reconocido debido a que conforman la mayoría en el capital social, y **BURCOX S.A.**, guardan especial coincidencia respecto de su objeto social.

“Estos dos aspectos, (objetos sociales coincidentes y participación de un grupo de accionistas en las dos sociedades) fundamentaron la decisión en la que se resolvió que la restricción efectuada por la administración de **BURCOX S.A.** se encuentra legitimada y por ende su limitación se aplica a información considerada (sic) como secreto industrial y que de darse a conocer a terceros puede perjudicar los intereses de la sociedad y sus asociados.

“Ahora bien, de acuerdo con la ley y los desarrollos doctrinarios y judiciales expuestos con anterioridad, es evidente que la administración de la sociedad puede determinar la salvaguarda de información que tenga carácter de reservada con el propósito exclusivo de proteger los intereses de la compañía, con lo cual se garantizan simultáneamente los intereses de los asociados.

“Los [accionistas quejosos] señalan que el conocimiento que pretenden al examinar los contratos es “determinar con quien o con quienes **BURCOX S.A.** los celebró y la relación de costos y gastos que finalmente se imputaron a cada uno de ellos, versus los presupuestos, situación que afecta el presupuesto del ejercicio

y en consecuencia a los accionistas minoritarios, actividad claramente relacionada con el ejercicio del derecho de inspección...”

“Es evidente que los intereses que aquí se analizan han sido sujetos de protección legal y la oposición de los mismos ha sido decidida por la ley al especificar la prevalencia de la restricción en el suministro de la información (sic) , la cual quedó palmariamente señalada en el inciso primero del artículo 48 de la ley 222 de 1995: “... En ningún caso, este derecho se extenderá a los documentos que versen sobre secretos industriales o cuando se trate de datos que de ser divulgados, puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad.”

“La entidad, con las pruebas incorporadas a la actuación, encontró que efectivamente la restricción impuesta por la administración se encuentra legalmente sustentada y no se han traído con los recursos promovidos argumentos o pruebas que desvirtúen las conclusiones a las que llegó la entidad, las cuales, se reitera, se sustentan en lo previsto en la ley.

“Otro argumento que presentaron los recurrentes tiene que ver con quejas respecto del actuar de los administradores, las cuales advierten que ellos se encuentran en una situación similar, debido a que participan en el mercado en sociedades en las cuales tienen intereses.

“Al respecto, si bien las conductas de los administradores por estos hechos son materia de investigación por parte de esta entidad, por la presunta participación en actos que implican conflictos de intereses, aquel no termina siendo un argumento que desvirtúe los fundamentos de la decisión adoptada por esta superintendencia.

“En ese sentido, esta entidad reitera que encuentra razonable la restricción impuesta a los accionistas **[de BURCOX S.A.]** para el ejercicio del derecho de inspección sobre los contratos firmados por la compañía en desarrollo del objeto social, los presupuestos de los mismos, cotizaciones y listado de clientes.

CONCLUSIÓN:

Los accionistas de sociedades que pertenezcan al mismo sector pueden ver limitado su derecho de inspección, en el sentido que la administración puede negar el acceso a la información relacionada con los contratos celebrados por la compañía, cotizaciones y listados de clientes, a los accionistas, que formen parte de empresas que se dedican al mismo objeto o compiten en el mismo mercado.

2. DOCUMENTOS OBJETO DEL DERECHO DE INSPECCIÓN

Un grupo de accionistas **QQ** de una sociedad anónima **BLUCX S.A.**, denunciaron ante la Superintendencia de Sociedades una supuesta violación a su derecho de inspección por parte de la administración de **BLUCX S.A.**, puesto que se habría excluido del ejercicio de este derecho la documentación relevante al proceso de adquisición de la compañía **DRAGOX S.A.S.** por parte de la sociedad **BLUCX S.A.**, así como la información acerca de los salarios y honorarios de los directivos. La administración de **BLUCX S.A.** manifestó que mayor información sobre la adquisición en comento estaba amparada bajo acuerdos de confidencialidad y que los artículos 46 y 47 de la Ley 222 de 1995 fueron modificados por los artículos 446 y 447 del Código de Comercio invocados por los quejosos.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

La Superintendencia de Sociedades resolvió el recurso de reposición contra la Resolución que impartió órdenes en relación con la presunta violación del derecho de inspección, considerando lo siguiente:

“El derecho de inspección es la potestad en cabeza de los accionistas de una sociedad para conocer los libros y documentos contables de la compañía. Para efectos de su ejercicio, el legislador ha establecido límites espacio-temporales, según el tipo societario de que se trate.

“Esta entidad se ha referido en múltiples pronunciamientos sobre el derecho en comento y lo ha caracterizado como sigue:

“En las sociedades comerciales, el derecho de inspección o de fiscalización individual, pertenece a la categoría de los inderogables; se trata de un derecho esencial del asociado pero no por ello se puede afirmar que tiene carácter absoluto frente a la compañía, pues los artículos 369, 379 numeral 4°, 422 y 447 del Código de Comercio y 48 de la Ley 222 de 1995 le señalan limitaciones temporales y de contenido. Con anterioridad a la expedición de la Ley 222 de 1995, el ejercicio del derecho de inspección fue objeto de controversia doctrinal y de interpretación legal, en cuanto a sus alcances y limitaciones, pero el artículo 48 de la citada Ley determinó sus límites respecto a la materia misma sobre la cual se ejerce dicha facultad, restringiendo el acceso de los asociados en general a los documentos que contengan información sobre secretos industriales (empresariales), así como aquellos que de ser divulgados puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad.

“Como se trata de una labor de fiscalización con finalidades puramente informativas, los socios no están facultados para hacer anotaciones de ninguna

clase sobre los documentos facilitados ni para conocer y mucho menos difundir la información amparada con reserva documental, como los secretos técnicos, industriales o de política comercial ni entorpecer la marcha administrativa de la gerencia”¹.

“En otras palabras, “es de observar que el derecho de inspección no tiene el carácter de absoluto e ilimitado, pues, de una parte, este derecho no puede convertirse en un obstáculo para la buena marcha de la empresa, y de otra, porque en ningún caso este derecho se puede extender a documentos que versen sobre secretos industriales o a datos que de ser divulgados, pueden ser utilizados en detrimento de la sociedad (inciso primero del artículo 48 de la Ley 222 de 1995”².

“En este orden de ideas, esta entidad ha precisado que el derecho de inspección es “...un derecho esencial del asociado pero no por ello se puede afirmar que tiene carácter absoluto frente a las compañías, la ley (Código de Comercio, artículos 379, numeral 4 y 447) le señala contornos temporales y de contenido... Estima esta Superintendencia que lo fundamental a dilucidar es lo relacionado con el contenido de ese derecho, o para el caso en concreto, cuales son aquellos *libros y papeles sociales y los libros y demás comprobantes exigidos por la ley* aludidos en las disposiciones legales citadas”, puesto que “...los límites temporales los ha definido el legislador (15 días hábiles), pero no los cualitativos, por lo que incumbe a la doctrina su precisión, en orden a evitar trastornos en la mecánica administrativa de las empresas y a precaver que los competidores conozcan los secretos industriales y comerciales y el know-how que son intangibles muy valiosos de todo empresario. Esa es la tendencia doctrinaria y legislativa para proteger la empresa. De ahí que no todos los documentos vinculados con las operaciones y negocios deban ponerse a disposición de los accionistas...”³.

“Lo anterior puesto que este derecho no tiene, desde luego, un “carácter absoluto, como quiera que no puede convertirse en un obstáculo permanente que atente contra la buena marcha de la compañía, como tampoco extenderse, según las voces del artículo 48 de la Ley 222 de 1995, a documentos que versen sobre asuntos industriales o cuando se trate de datos que puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad, como quiera que cada sociedad resulta ser un ente único, y como tal, puede tener documentos que a juicio de los entendidos deben ser objeto de reserva, esto es, dentro de los enunciados en el artículo 48 de la Ley 222 de 1995. De todas formas, debe entenderse que los asociados tienen derecho a acceder a todos aquellos documentos previstos en el artículo 446 del Código de Comercio, como también a los libros y demás comprobantes exigidos por la ley

¹Oficio No. 220-143303 del 8 de septiembre de 2014

²Oficio No. 220-064400 del 5 de mayo de 2015

³Doctrinas y Conceptos Jurídicos 1995 Superintendencia de Sociedades, página 171

(Art. 447 ibídem.), de tal suerte que puedan documentarse suficiente y adecuadamente sobre el aspecto económico de la compañía en pos de posibilitar una participación activa en la asamblea, como también el que puedan votar a conciencia las diferentes determinaciones puestas a su consideración en lo que a esos temas se refieran”⁴.

“Pues bien, con el fin de establecer entonces cuáles son aquellos documentos que sí deben ser puestos a disposición de los accionistas de una sociedad del tipo de las anónimas, es claro que debemos remitirnos a la parte pertinente del Estatuto Mercantil. El artículo 447 señala que son los documentos indicados en el artículo 446 precedente, “junto con los libros y demás comprobantes exigidos por la ley”, los que deberán ser puestos a disposición de los accionistas para efectos de ejercer el derecho de inspección.

“A su turno, el artículo 446 aludido indica que son el balance general del ejercicio junto con los siguientes: (1) el detalle completo de la cuenta de pérdidas y ganancias del correspondiente ejercicio social, (2) un proyecto de distribución de utilidades, (3) el informe de la junta directiva (que incluya el detalle de los egresos por salarios y honorarios a directivos, los pagos por los mismos conceptos a asesores que tramiten asuntos ante entidades públicas o privadas, las transferencias de dinero, los gastos de propaganda y publicidad, los bienes que la sociedad tenga en el exterior y las inversiones que tenga en otras sociedades), (4) un informe del representante legal sobre la forma en que hubiere llevado a cabo a su gestión y las recomendaciones que haga a la asamblea, y (5) el informe del revisor fiscal.

“En este contexto, es evidente que el legislador ha señalado de manera taxativa cuáles son los documentos que deben ser puestos a disposición para ser examinados en el marco del derecho de inspección. De conformidad con las normas mencionadas podemos deducir que no todos los documentos vinculados con las operaciones y negocios deben ponerse a disposición de los accionistas de una sociedad anónima sino únicamente el balance general de los negocios junto con aquellos enumerados en el artículo 446 del Código de Comercio junto con los libros y demás comprobantes correspondientes.

“En contraste, por ejemplo, esta Superintendencia ha reconocido que, tratándose de una sociedad de responsabilidad limitada, “...respecto al derecho de inspección el artículo 369 del Ord. Cit. de manera clara consagra que los socios tendrán derecho a examinar en cualquier tiempo, por sí o por medio de un representante, la contabilidad de la sociedad, los libros de registro de socios y de actas y en general todos los documentos de la compañía”⁵.

⁴ Oficio No. 220-036428 del 5 de marzo de 2014

⁵ Oficio No. 220-143303 del 8 de septiembre de 2014

“En este orden de ideas, no es dable a este Despacho concluir que la enunciación taxativa efectuada por el legislador en el artículo 447 referido es accidental. En verdad, encontramos que la Ley consagra de manera expresa cuándo el ejercicio del derecho de inspección recae sobre todos los documentos de una compañía, a saber, cuando se trata del examen de documentos de una sociedad de responsabilidad limitada. Por el contrario, al referirse a los documentos objeto de inspección en el contexto de la sociedad anónima, el legislador ha omitido la extensión de su ámbito a la totalidad o al “general” de los documentos de la sociedad.

1. Respetto de la documentación relacionada con la adquisición de la sociedad DRAGOX S.A.S.

“En este sentido, este Despacho no encuentra sustento legal para razonar que la administración de **BLUCX S.A.** está obligada a poner a disposición de las accionistas quejasos documentos específicos que no estén contemplados en los artículos 446 y 447 del Código de Comercio, como son los llamados “anexos relevantes” a la adquisición de la sociedad **DRAGOX S.A.S. (...)**.

“Ahora bien, para el Despacho es menester considerar, además, que los documentos solicitados por las accionistas quejasos gozan verdaderamente de una protección de confidencialidad. Ciertamente, lo pretendido por las quejasos es conocer la información que justificó los términos finales de la adquisición de la sociedad **DRAGOX S.A.S.** por parte de **BLUCX S.A.**

“Se encuentra que el documento idóneo para estos efectos es el elaborado por parte la firma (...), a solicitud de la sociedad **BLUCX S.A.** sobre el proyecto llamado [“nombre del proyecto”], en el cual se ponen de presente los diferentes eventos que tuvieron lugar en el proceso de negociación aludido y su impacto sobre el precio de adquisición, entre otros. “Pues bien, no cabe duda de que los documentos aludidos están amparados de reserva en virtud de un acuerdo de confidencialidad, no obstante, de cara a lo afirmado por la apoderada de las recurrentes en el sentido de que dicha confidencialidad era extensible a sus poderdantes, este Despacho debe aclarar que no es competente para ordenar a la administración de una compañía celebrar ningún contrato o acuerdo, como sería uno cuyo objeto fuera la extensión de la confidencialidad mencionada. En verdad, las facultades de este Despacho se dirigen a conminar a las sociedades sujetas a su supervisión al cumplimiento de los estatutos o de las leyes en materia societaria, en el presente caso, lo relativo al ejercicio del derecho de inspección para lo cual debemos referirnos a lo expresado en párrafos precedentes.

“No obstante la confidencialidad mencionada, de los documentos que obran en la presente actuación, se encuentra que las accionistas quejasos sí tuvieron acceso a información pertinente y relevante en relación con la operación de

adquisición de la sociedad **DRAGOX S.A.S.** Si bien es claro que las accionistas **QQ** no tuvieron acceso a la misma documentación exacta y en detalle con que sí contó la administración de la sociedad **BLUCX S.A.**, en razón de sus funciones de administración, se ha demostrado que pudieron informarse adecuadamente sobre el negocio mencionado, en lo relacionado con la gestión de la administración y el aspecto económico de la compañía, en los términos del Oficio No. No. 220-036428 citado en párrafos precedentes, que les hicieron posible participar activamente en la reunión de asamblea general de accionistas en lo que a esos temas se referían”.

(...)

2. Respecto a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 446 del Código de Comercio

“Sobre este punto, los apoderados de la administración de **BLUCX S.A.** aseguran que *“la ley vigente no exige que el informe de gestión revele la información relacionada con los pagos a los directivos de forma individual”*. Como sustento de lo anterior, afirman que los artículos 446 y 447 del Código de Comercio fueron modificados por los artículos 46 y 47 de la Ley 222 de 1995. Por lo anterior, consideran que no existe fundamento legal que exija suministrar información desagregada sobre la remuneración a directivos, pues, en su entender, proporcionarla de manera general permite a los accionistas llevar a cabo un cabal análisis de los estados financieros del ente social como pretende la ley.

“Adicionalmente, aseguran que en el Oficio No. No. 220-036428 del 5 de marzo de 2014, esta Superintendencia reconoció expresamente que estaban excluidos del ejercicio del derecho de inspección el “listado de beneficios para los directivos” así como (sic) “las políticas salariales y salarios de todos los trabajadores”. Por último, sostienen que en todo caso, la obligación de presentar información sobre los pagos a directivos recae sobre la junta directiva de la sociedad, en los términos del numeral 3 del artículo 446 del Código de Comercio, por lo cual no puede considerarse que fuera al administrador de **BLUCX S.A.** a quien correspondiera informar sobre tales conceptos. En otras palabras, manifiestan que en los términos del literal a del numeral 3 del artículo 446, es la junta directiva quien debe presentar el informe que contenga esa información, pero que se está sancionando equivocadamente al administrador de **BLUCX S.A.**, como representante legal, por no cumplir una obligación que no le corresponde.

“Al respecto, lo primero precisar que el artículo 446 del Código de Comercio se refiere a los documentos que deben acompañar el balance general de ejercicio que los administradores deben presentar a la asamblea general de accionistas de una sociedad anónima.

“Por su parte, el artículo 447 siguiente se refiere al derecho de inspección en cabeza de los accionistas sobre los documentos precitados. De otra parte, el artículo 46 de la Ley 222 de 1995 se refiere a la obligación de los administradores de rendir cuentas al final de cada ejercicio, incluyendo la presentación que un informe de gestión, y el artículo 47 siguiente describe el contenido del dicho informe de gestión.

“Efectuadas las precisiones anteriores, este Despacho debe coincidir con lo expresado por los apoderados de la administración de la sociedad **BLUCX S.A.** en el sentido de que el informe de gestión contemplado en el artículo 46 de la Ley 222 mencionado no contempla la revelación de los pagos a directivos.

“Ciertamente, el artículo 47 aludido, al referirse al contenido de dicho informe señala que en el mismo deberán indicarse “los acontecimientos importantes acaecidos después del ejercicio, la evolución previsible de la sociedad, las operaciones celebradas con socios y administradores y el estado de cumplimiento de normas sobre propiedad intelectual y derechos de autor”, mas no hace referencia alguna a la inclusión de la información de pagos a directivos.

“En efecto, la información detallada sobre el pago a los directivos de la sociedad está contenida en el informe de la junta directiva sobre la situación económica y financiera de la sociedad. Según el literal a del numeral 3 de la norma en comento, el informe de la junta directiva debe incluir el “detalle de los egresos por concepto de salarios, honorarios, viáticos, gastos de representación, bonificaciones, prestaciones en dinero y en especie, erogaciones por concepto de transporte y cualquier otra clase de remuneración que hubiere percibido cada uno de los directivos de la sociedad”.

“Sin embargo, si bien es evidente que dicho informe sobre la situación económica y financiera de la compañía compete a la junta directiva de la sociedad, lo es también que, de conformidad con el inciso primero de la misma norma, corresponde a la junta directiva y al representante legal, conjuntamente, la presentación del balance general del ejercicio que deberá ser acompañado del informe en comento. En este sentido, no cabe duda de que la obligación de presentar, y la correspondiente de poner a disposición de los accionadas para efectos del ejercicio de su derecho de inspección, la información aludida recaía sobre el administrador de **BLUCX S.A.**

“Aclarado lo anterior, y en relación con el argumento de los recurrentes en el sentido de que los artículos 46 y 47, como normas posteriores y “especiales”, prevalecen sobre los artículos 446 y 447 del Código de Comercio en razón de lo cual la obligación de proveer la información sobre los pagos a los directivos de una sociedad de manera detallada ya no es aplicable, es menester precisar que, a diferencia de lo manifestado por los recurrentes, los artículos 46 y 47 de la Ley 222 de 1995 no derogaron ni modificaron las prescripciones contenidas en el

artículo 446 del Código de Comercio sino que, en verdad, se trata de disposiciones concordantes, que en ningún caso contienen mandatos excluyentes o incompatibles, que deben entenderse de manera armónica.

“En este orden de ideas, es inconfundible el mandato del literal a del numeral 3 de la norma en comento respecto de la entrega del “detalle de los egresos por concepto de salarios, honorarios, viáticos, gastos de representación, bonificaciones, prestaciones en dinero y en especie, erogaciones por concepto de transporte y cualquier otra clase de remuneración que hubiere percibido cada uno de los directivos de la sociedad”. De la norma transcrita es claro que no solo deben discriminarse los diferentes conceptos que constituyen la remuneración de los directivos, sino que dicha remuneración debe ser informada respecto de cada uno de ellos, individualmente considerados.

“Por lo demás, no deja de extrañar al Despacho que el apoderado del [administrador de **BLUCX S.A.**] alegue la no vigencia del artículo 446 para efectos del detalle de los pagos a directivos, pero invoque la misma norma para efectos de afirmar que el cumplimiento de lo preceptuado en el numeral 3 de dicho artículo, corresponde es la junta directiva.

“Por otra parte, de cara al mandato de la norma transcrita, los apoderados de los recurrentes reiteran que la información sobre la remuneración a los directivos está protegida en los términos del artículo 3 de la Ley 1581 de 2012. Sobre este punto, este Despacho coincide con lo manifestado por la Intendencia Regional en que la información aludida no constituye una verdadera base de datos para efectos de la Ley 1581 referida. “Ahora bien, aun cuando en gracia de discusión se admitiera que la información aludida hace parte de aquella protegida por la Ley 1581, lo cierto es que el artículo 13 de la misma Ley establece que “La información que reúna las condiciones establecidas en la presente ley podrá suministrarse a las siguientes personas: ...c) A los terceros autorizados por el Titular o por la ley”. En este orden de ideas, y en concordancia con los artículos 446 y 447, es evidente que el legislador ha incluido a los miembros de la asamblea general de accionistas de las sociedades anónimas, como sujetos autorizados para conocer, en ejercicio del derecho de inspección, la información detallada sobre la remuneración de los directivos de tales compañías”.

CONCLUSIONES:

Los artículos 46 y 47 de la Ley 222 de 1995 no derogaron ni modificaron las prescripciones contenidas en el artículo 446 del Código de Comercio, sino que se trata de disposiciones concordantes, que en ningún caso contienen mandatos excluyentes o incompatibles y que, por el contrario, deben entenderse de manera armónica. Siendo así, es claro que la información relacionada con los pagos a los

directivos de las sociedades, si bien forma parte del informe de gestión que prepara la junta directiva, debe acompañar al balance general que se presenta conjuntamente con el representante legal del ente ante la asamblea general de accionistas en la reunión ordinaria del respectivo ejercicio.

CONFLICTO DE INTERÉS

1. DEL ADMINISTRADOR DE HECHO EN UNA S.A.S.

En una denuncia presentada ante la Superintendencia de Sociedades se pone de presente que la sociedad por acciones simplificada **REJAX S.A.S.** firmó un convenio con una universidad (**NIX**), a pesar de que el representante legal de aquella, señor **BETO**, tenía vínculos de consanguinidad en primer grado con el rector de esta. Si bien se cuestionaba la veracidad del convenio la superintendencia se vio enfrentada a establecer la existencia de una situación de conflicto de intereses en cabeza del representante legal de **REJAX S.A.S.**, siendo el principal argumento de defensa del señor **BETO** que no ostentaba la condición de representante legal, ni administrador de la sociedad **REJAX S.A.S.** y por tanto no había vulneración del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

La Superintendencia de Sociedades resuelve el recurso de reposición contra la multa impuesta a un administrador de hecho de una sociedad inspeccionada **S.A.S.**, por actos celebrados en contravención con las normas sobre conflicto de interés contenidas en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, al no haber sido previamente autorizados por la Asamblea de Accionistas, conforme a las siguientes consideraciones del Despacho:

1. De los administradores de hecho en la sociedad por acciones simplificada.

“La Ley 222 de 1995 estableció un completo régimen de responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores de las sociedades.

“De conformidad con el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, sólo ostentan la calidad de administradores de una sociedad: el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten funciones de administración de la sociedad.

“Ahora bien, la Ley 1258 de 2008, “Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada”, dispone lo siguiente:

“Artículo 27. Responsabilidad de Administradores. Las reglas relativas a la responsabilidad de administradores contenidas en la Ley 222 de 1995, les será

aplicables tanto al representante legal de la sociedad por acciones simplificada como a su junta directiva y demás órganos de administración.

PARÁGRAFO. Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores”.

“Así las cosas, para el caso de la sociedad por acciones simplificada (SAS), como es el caso de **REJAX S.A.S.**, en el párrafo antes transcrito se previó la figura del administrador de hecho o de facto.

“Sobre el particular, el profesor Reyes Villamizar señala que dicha figura se reguló “(...) *debido a la circunstancia frecuente en la que individuos ajenos a la administración de la sociedad, amparados en la indemnidad que les da su carácter de ‘no administradores’, pueden controlar la administración de la sociedad y, en no pocas ocasiones, causarle perjuicios a la sociedad, los asociados y terceros. A pesar de que el ejercicio de una administración ‘a la sombra’ constituye una práctica relativamente frecuente en las sociedades cerradas, la legislación colombiana era silenciosa sobre las consecuencias, muchas veces nocivas, de esta clase de interferencia en la gestión de la empresa social*”⁶.

2. De la condición de administrador de hecho del señor BETO respecto de REJAX S.A.S.

“Siendo claro que la figura del administrador de hecho es aplicable a **REJAX S.A.S.** en virtud de lo previsto en el párrafo del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008, corresponde ahora determinar si en efecto en señor **BETO** era o no administrador de facto de dicha sociedad.

“Del análisis de lo dispuesto en el “ACUERDO PRIVADO” suscrito ante el Notario (...) los días (...) (esto es, menos de un mes después de haber sido constituida la sociedad **REJAX S.A.S.**), obrante en copia en el expediente, entre los señores **BETO, CAMILA, DALIA** y **ESTEFAN**, se concluye:

“□ Que el objeto del acuerdo, tal como él mismo lo establece, es “(...) determinar la real participación de estos sujetos de derecho dentro de la sociedad mercantil REJAX S.A.S.” (Subrayado fuera de texto), de manera que en el mismo los sujetos confiesan claramente que la realidad de su relación jurídica alrededor de la sociedad es la que figura en dicho documento y no otra.

⁶ Reyes Villamizar, Francisco. “Responsabilidad de los administradores en la sociedad por acciones simplificada”, en “Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2010, página 373. El mencionado doctrinante señala también que no cualquier actividad da lugar a que una persona sea considerada administrador de hecho de una SAS, sino que debe tratarse de una verdadera intromisión en los asuntos de la sociedad.

“□ Que la señora **DALIA**, suscribiente del acuerdo, quien figura como representante legal de la sociedad, es tan sólo una mera mandataria, sin representación, del señor **BETO** (mandante). En este sentido es absolutamente clara la cláusula segunda del acuerdo privado. Esta circunstancia es de sumo relevante, toda vez que queda claro que la única administradora formal de la sociedad es mandataria del señor **BETO**.

“□ Que la misma señora **DALIA**, en su pretendida calidad de accionista de la sociedad, y los demás pretendidos accionistas, esto es, **ESTEFAN** y **CAMILA**⁷, suscribientes del acuerdo, son meros mandatarios del señor **BETO** (mandante). En este sentido es absolutamente clara la cláusula segunda del acuerdo privado.

“□ Que el señor **BETO**, no es un tercero ajeno a la sociedad, sino que es accionista de la misma, según lo establece claramente la cláusula primera del acuerdo.

“□ Que el señor **BETO** se podía inmiscuir en *las “(...) gestiones societarias que tienen o tengan por objeto el desarrollo de convenios educativos en las diferentes localidades donde se emprendan”*. Así lo prevé la cláusula tercera del acuerdo.

“Como se evidencia claramente, los actos encargados al señor **BETO** en el acuerdo privado en su esencia constituyen auténticos actos de administración y aunque el recurrente sostiene no ser administrador actúa como verdadero gestor social. Así las cosas, el acuerdo privado pone de presente que dicha persona podía ejercer de forma independiente, sin subordinación al administrador formal (pues como ya se señaló la representante legal era mandataria del señor **BETO**), un poder de dirección y gestión de la sociedad que normalmente le corresponde a un administrador, con consentimiento expreso de la representante legal de la sociedad y sus accionistas.

“Antes de ser un administrador aparente un verdadero administrador oculto pues podía inmiscuirse en las gestiones propias de los administradores con independencia de las relaciones con terceros. Entonces este administrador de hecho u oculto coexiste con el administrador de derecho en la sociedad.

“En adición a lo anterior, expresamente las partes contratantes señalan en el Acuerdo Privado que el encargo conferido al señor **BETO** corresponde a un **CONTRATO DE MANDATO SIN REPRESENTACIÓN** y en consecuencia debería

⁷ En el encabezado y en el cuadro contenido en la cláusula primera del acuerdo sobre la que aparentemente sería la real participación accionaria en la sociedad, curiosamente la señora C es también identificada como c, lo que denota la calidad de negocio de confianza entre las partes del acuerdo privado.

regirse conforme a lo dispuesto en los artículos 1262 y siguientes del Código de Comercio como expresamente lo señala en el Acuerdo Privado. Por lo tanto, el argumento esgrimido por el recurrente sobre el cual según el dicho documento debe ser interpretado a partir de las normas aplicables al contrato de cuentas en participación (artículos 507 y siguientes del Código de Comercio) no es de recibo por parte de esta entidad. No es posible entrar a desconocer el contenido del documento, ni el alcance real que las partes quisieron darle y mucho menos que el recurrente pretenda interpretarlo unilateralmente en beneficio propio teniendo en cuenta los cargos proferidos en la presente investigación⁸.

“Dicho documento y su naturaleza misma constituye una prueba fehaciente que éste fue utilizado expresamente para no dejar constancia de su participación dentro de la sociedad utilizando la figura de un simple mandato sin representación y por lo tanto, no existe (sic) elemento alguno sobre el cual se pueda inferir que se trata de un contrato de cuentas en participación.

“Si bien como se ha señalado, el señor **BETO** no se encuentra inscrito dentro del registro mercantil como administrador de la sociedad, se encuentra clara (Sic) su participación dentro de la misma, como un administrador de hecho, que antes de ser un “socio inactivo” es un “administrador oculto”. Al respecto, se reitera lo que esta entidad señaló en la Resolución (...):

“En Colombia es frecuente que en los grupos empresariales de familia, el cabeza de grupo y generalmente fundado, haya delegado la administración y representación de la sociedad en sus herederos o funcionarios de confianza y, más sin embargo, a través de protocolos de familia, por razones de continuar siendo socio mayoritario, directamente o por intermedio de su familia, o simplemente por el control de la mayoría de votos, a la “sombra”, continua dirigiendo la suerte de las empresas, dando instrucciones y órdenes a sus administradores de derecho”⁹.

“En el recurso, el señor **BETO** alega que el objeto social de la sociedad es mucho más amplio que la actividad a la cual se circunscribió el desarrollo del acuerdo privado y que el mismo nunca se ejecutó. Sobre el particular debe señalarse:

“□ Que obran en el expediente copia de las siguientes contratos que evidencian la ejecución del acuerdo y del objeto social de **REJAX S.A.S.**:

⁸ Sea del caso señalar que el pretendido concepto jurídico, además de no mencionar la tarjeta profesional del supuesto abogado que lo emite, es en sí mismo totalmente contradictorio en sus términos (en una parte dice que la composición accionaria es la del documento de constitución y en otra que todas las utilidades de la sociedad corresponden al señor B) y abiertamente contrario al texto del acuerdo privado (pretende que un texto absolutamente claro se transforme, sin sustento, en un contrato de cuentas en participación), por lo cual este Despacho no puede darle valor alguno a semejante documento.

⁹ Gil Echeverry, Jorge Hernán, La Especial Responsabilidad del Administrador, Legis Editores, Bogotá, 2015, página 198

- “- Convenio Interinstitucional de Cooperación Académica entre la Alcaldía **Z**, la Universidad **NIX** y **REJAX S.A.S.**, de 201x.
- “- Convenio Interinstitucional de Cooperación Académica entre la Universidad **NIX** y **REJAX S.A.S.** del (...)
- "- Convenio Interinstitucional de Cooperación Académica entre la Universidad **NIX** y **REJAX S.A.S.** del (...)

“□ Que si bien la sociedad **REJAX S.A.S.** tiene un objeto social múltiple, según los registros contables de la sociedad obrantes en el expediente, en el año 201x la totalidad de los ingresos operaciones de la sociedad (...) provinieron de la subcuenta 416005 Actividades relacionadas con la educación (perteneciente a la cuenta 4160 Enseñanza)¹⁰, es decir, que la totalidad de dichos ingresos correspondieron a las actividades objeto del acuerdo privado, lo cual evidencia que la multiplicidad de actividades mencionadas en el objeto social de **REJAX S.A.S.** es irrelevante para estos efectos.

“Así las cosas, se evidencia falta de razón en el argumento del señor **BETO**.

“En conclusión, resulta clara la condición del señor **BETO** de administrador de hecho de la sociedad **REJAX S.A.S.**, de conformidad con el artículo 27 de la Ley 1258 de 2008, de manera que se encontraba sujeto a las responsabilidades y sanciones previstas para los administradores en la Ley 222 de 1995.

“En consecuencia, que era su deber adecuar todas sus actuaciones de acuerdo con lo dispuesto en la ley y los estatutos sociales, asumiendo las responsabilidades propias del ejercicio de dicha dignidad, entre las que se encontraba la prohibición de incurrir en conflictos de interés con la sociedad, previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, reglamentada por el Decreto 1925 de 2009.

3. Del conflicto de interés en cabeza del señor BETO:

“Verificada la condición del señor **BETO** como administrador de hecho de **REJAX S.A.S.**, corresponde ahora verificar si en efecto incurrió en una violación a la prohibición de actuar en conflicto de interés.

“Respecto del conflicto de interés, el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, dispone que los administradores deben abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona, en interés personal o de terceros, en actividades que

¹⁰ En todo caso se deja constancia de los siguientes hechos: (i) Al momento de la toma de información la contabilidad de la sociedad tenía varios meses de atraso, (ii) La totalidad de los ingresos mencionados resultan absorbidos en la subcuenta 417501 Devoluciones inscripciones y matrículas (perteneciente a la cuenta 4175 Devoluciones, rebajas y descuentos en ventas), y (iii) Que en el año 2012 la sociedad no habría tenido ingresos)

impliquen conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas. Por su parte, el artículo 2 del Decreto 1925 del 2009 establece:

“Artículo 2. Conforme al precepto legal consagrado en el último párrafo del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en caso de conflicto de interés o competencia con la sociedad, el administrador ordenará la convocatoria o convocará a la Asamblea General o Junta de Socios, señalando dentro del orden del día la solicitud de autorización para la actividad que le representa conflicto de interés o competencia con la sociedad. Durante la reunión de la Asamblea o Junta de Socios, el administrador suministrará toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio.”

“En todo caso, de conformidad con la Ley 222 de 1995, 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”.

“En sede jurisdiccional ha dicho esta Superintendencia que existe un conflicto de interés, no sólo en los eventos que esta Superintendencia tuvo a bien mencionar en la Circular Externa No. 100-006 de 2008¹¹, sino también cuando se presenten *“(...) circunstancias que representen un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido”*¹².

“En el mismo pronunciamiento jurisdiccional, la Superintendencia tuvo a bien mencionar los siguientes ejemplos:

“Según se explica en detalle más adelante, el interés que da lugar a un conflicto puede surgir por ministerio de la ley, como ocurre cuando un sujeto ocupa cargos en la administración de dos compañías que contratan entre sí. En esta hipótesis será preciso probar que un mismo sujeto está obligado, por ley, a salvaguardar en forma simultánea los intereses de las dos sociedades que participan en la respectiva operación.

¹¹ En la Circular Externa No. 100-006 del 25 de marzo de 2008, esta Superintendencia, por vía administrativa, formula algunas precisiones acerca de la regla del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222. Según el criterio de la entidad, ‘existe conflicto de interés cuando no es posible la satisfacción simultánea de dos intereses, a saber: el radicado en cabeza del administrador y el de la sociedad, bien porque el interés sea de aquél o de un tercero’. En la Circular Externa citada se dice, además, que ‘los administradores incurrir en [...] conflicto de interés por interpuesta persona cuando además de los requisitos expuestos previamente, la compañía celebra operaciones con alguna de las siguientes personas: a) El cónyuge o compañero permanente del administrador, o las personas con análoga relación de afectividad; b) los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del mismo; c) los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador o del cónyuge del mismo; d) los socios del administrador, en compañías que no tengan la calidad de emisores de valores, o en aquellas sociedades en las cuales dada su dimensión, el administrador conozca la identidad de sus consocios’.

¹² Sentencia No. 800-52 de 2014. Radicado 2014-801-054, proceso de Sucesores de María del Pilar Luque de Schaefer contra Luque Torres Ltda., en liquidación.

“También puede presentarse un conflicto cuando el administrador tenga un interés económico que sea lo suficientemente significativo como para menoscabar su capacidad de cumplir, de modo objetivo, con las funciones propias de su cargo. Ello podría presentarse si el administrador contrata directamente con la sociedad en la que ejerce sus funciones o es accionista de una compañía que contrata con la sociedad.

“Adicionalmente, podría existir un conflicto de interés si un pariente del administrador contrata con la sociedad o tiene un interés económico en la respectiva operación. Si existe un cercano vínculo de parentesco, como cuando los padres del administrador contratan con la sociedad, habrá fuertes indicios acerca de la presencia de un conflicto. En este caso, el conflicto se concretaría no sólo en los fuertes lazos afectivos que pueden existir entre padres e hijos, sino también en el interés económico derivado de la vocación sucesoral del administrador”.

“Sea del caso señalar que la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de ésta Superintendencia, en ejercicio de funciones jurisdiccionales, señaló en la Sentencia 801-35 del 09 de julio de 2013 (...), que el hecho de que un acto viciado de conflicto de interés pueda beneficiar a la sociedad, no elimina la existencia del conflicto de interés y por tanto la necesidad de que el acto sea previa y expresamente autorizado por la asamblea general de accionistas¹³.

“Es por esta razón, que la ley no proscribire todos los actos que constituyen conflicto de interés, sino que los deja sujetos a la autorización del máximo órgano social. Se trata, como lo afirma Reyes Villamizar, de una *“prohibición de carácter*

¹³ En este sentido, en dicho caso la Superintendencia decretó la nulidad absoluta de unas operaciones de mutuo celebradas entre los administradores de una sociedad y la sociedad por haberse celebrado sin la autorización expresa de la asamblea general de accionistas, pero se abstuvo de condenar en perjuicios a los demandados pues los préstamos *“estuvieron alineados con los intereses de la sociedad demandada y sus accionistas”*. En dicha Sentencia se efectuaron, entre otras, las siguientes consideraciones: *“A la luz de lo anterior, parece suficientemente claro que la celebración de las operaciones controvertidas debió sujetarse al procedimiento legal previsto para los conflictos de interés. Se trata, en efecto, de la hipótesis consagrada en el numeral 7 antes citado, vale decir, ‘actos respecto de los cuales exista conflicto de interés’. Ciertamente, Daniel Correa Senior y Santiago Francisco Correa Laverde, en su calidad de mutuantes, contaban con un interés directamente contrapuesto al de SAC Estructuras Metálicas S.A., en calidad de mutuario. Esta contraposición de intereses es, precisamente, la que activa el mecanismo de protección consagrado en el numeral 7 del artículo 23, a fin de que los accionistas examinen todas aquellas operaciones en las que los administradores puedan obtener un beneficio económico ‘en interés personal o de terceros’. En sustento de lo anterior, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá ha expresado, para el caso específico del contrato de mutuo, que ‘los administradores no pueden celebrar un contrato en el que se configure un conflicto de intereses con la sociedad que representan, como es el caso de suministrarle dineros a título de mutuo remunerado’. (...) El simple hecho de haber contratado con SAC Estructuras Metálicas S.A., mientras ejercían el cargo de administradores de la compañía, fue suficiente para configurar la contraposición de intereses en la que se funda el régimen legal sobre la materia. A la luz de las anteriores consideraciones, debe concluirse que, por virtud de lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, debió haberse obtenido la autorización expresa de la asamblea general de accionistas de SAC Estructuras Metálicas S.A. para celebrar los contratos de mutuo objeto de este proceso. Con todo, las pruebas aportadas por las partes le permiten al Despacho establecer que el máximo órgano social nunca impartió la autorización requerida para el efecto. Es por ello por lo que habrá de declararse la nulidad absoluta de los contratos de mutuo celebrados entre la sociedad demandante y los sujetos demandados, así como de los pagarés emitidos para respaldar tales obligaciones. (...) A pesar de las infracciones legales descritas en los párrafos anteriores, el Despacho considera que los administradores demandados obraron en concordancia con los mejores intereses de SAC Estructuras Metálicas S.A. Como ya se dijo, es factible que las operaciones viciadas por un conflicto de interés le reporten importantes beneficios a una sociedad, como en efecto parece haber ocurrido en el presente caso.” (...).*

general para ejecutar actos viciados por un conflicto de interés”. El mismo autor aclara, que la Ley 222 de 1995 “(...) no impide definitivamente la realización de tales actos, sino que somete su celebración a un riguroso procedimiento mediante el cual se pretende, en lo esencial, proteger los intereses de la sociedad, sus asociados y terceros interesados”¹⁴.

“Así las cosas es claro que en la celebración de los convenios mencionados en el pliego de cargos que dio lugar a la sanción, existía en cabeza del señor **BETO** un evidente conflicto de interés que debía ser revelado al máximo órgano social, pues por un lado, existía un interés en la suscripción de los convenios (como administrador de hecho de la sociedad y accionista real con el 33% de las acciones-por lo menos-) y por otro lado, un interés como hijo del señor **FREDY**, quién actuó en representación de la Universidad **NIX**.

“Además, pudo advertir este Despacho que el señor **BETO** era el Director de la Unidad (...) de la Universidad **NIX** (según dan cuenta las actas de órganos de dicha Universidad obrantes en el expediente), lo cual ratifica que en el acto tenía interés por su vinculación con **REJAX S.A.S.** y su relación con la Universidad **NIX**.

“Es decir, eran sobrados los motivos por los cuáles existía conflicto de interés en cabeza del señor **BETO** en las mencionadas operaciones a la luz de los criterios antes señalados por la doctrina y la jurisprudencia.

“Sin embargo, dentro del expediente de la investigación no existe acta de asamblea de accionistas de **REJAX S.A.S.** donde se haya dejado constancia por parte del señor **BETO**, de que el máximo órgano social hubiera sido informado del eventual conflicto de interés que pudiera configurarse a partir de la ejecución de las labores encargadas a partir del Acuerdo Privado, teniendo en cuenta que éste detentaba la calidad de administrador como antes se dejó claro.

“Teniendo en cuenta lo anterior, no hay constancia de una aprobación previa e informada del conflicto de interés a la asamblea de accionistas de **REJAX S.A.S.** y mucho menos que se hubiera aprobado la suscripción de dichas operaciones previo cumplimiento de lo dispuesto en la norma que da origen a la multa recurrida.

“Vuelve el recurrente a caer en el error, al pretender eximir su responsabilidad señalando que en las actas (...) aportadas de la Universidad **NIX** se prueba que ésta sí se había informado de dicha operación. Se le recuerda que la actuación administrativa adelantada se efectúa respecto de la sociedad **REJAX S.A.S.** y no la Universidad **NIX**. Por lo tanto, sus deberes como administrador

¹⁴ Reyes Villamizar, Francisco. SAS - La Sociedad por Acciones Simplificada, Legis Editores, 3ª edición, Bogotá D.C., 2013, páginas 161 a 162.

deben responder primeramente frente a la sociedad **REJAX S.A.S.** que administraba y como tal debía cumplir con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, norma que a todas luces vulneró con su conducta.

“Habiendo dejado claro los puntos anteriores, se le recuerda al recurrente que en Resolución (...), se rechazaron las pruebas por él solicitadas, toda vez que se encontró que resultaban impertinentes pues no lo eximían de su responsabilidad como administrador por lo cual no estima esta entidad volverse a pronunciar al respecto.”

CONCLUSIONES:

El párrafo del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008 previó la figura del administrador de hecho o de facto en una sociedad por acciones simplificada (SAS), por lo cual, los individuos que ostenten esta calidad tienen el deber de adecuar todas sus actuaciones de acuerdo con lo dispuesto en la ley y los estatutos sociales, asumiendo las responsabilidades propias del ejercicio de dicha dignidad, entre las que se encuentra la prohibición de incurrir en conflictos de interés con la sociedad, previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, reglamentada por el Decreto 1925 de 2009.

2. DEL LIQUIDADOR DE UNA SOCIEDAD

Un accionista (**FANNY**) de **BENTRUX S.A.**, sociedad anónima en liquidación, denunció ante la Superintendencia de sociedades que el liquidador **DORIAN** de esta sociedad celebró operaciones con la sociedad **ENECOZ S.A.S**, constituida por los señores **ARON** y **CARINA**, accionistas y anteriores administradores de la sociedad **BENTRUX S.A.**, sin obtener la autorización correspondiente del máximo órgano social de **BENTRUX S.A.**, como lo ordena el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. El Liquidador **DORIAN** señala que no puede hablarse de conflicto de intereses porque respecto de la sociedad **ENECOZ S.A.S** no tiene ninguna vinculación y las operaciones realizadas no causaron perjuicios a la compañía; además porque la sociedad **BENTRUX S.A.** estaba llamada a su liquidación.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

La Superintendencia de Sociedades resuelve el recurso de reposición contra la multa impuesta al liquidador, por incurrir en la prohibición del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, esto es, en una operación en conflicto de intereses que no reveló,

ni solicitó autorización de la asamblea de accionistas, conforme a las siguientes consideraciones del Despacho:

“El liquidador de la sociedad **BENTRUX S.A.** sí se encontraba incurso en un conflicto de intereses en los contratos suscritos con la sociedad **ENECOZ S.A.S.**, por las siguientes razones:

“Sobre la celebración de actos en los cuales exista conflicto de intereses en cabeza de administradores debe señalarse que la norma (numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995) no exige, para la configuración del referido conflicto, que el administrador sea titular de un interés patrimonial personal en el acto. Igualmente, la norma tampoco exige que el administrador tenga vinculación legal (de socio o empleado o de otra naturaleza) con la persona con la cual vaya a celebrarse el acto. Por lo tanto, no pueden ser de recibo los argumentos del recurrente formulados en el sentido de que no existió conflicto de interés porque no tenía interés personal en los actos ni vinculación con los accionistas de **ENECOZ S.A.S.**

“En este sentido, la norma lo que establece es que al existir el conflicto debe surtirse un determinado procedimiento (autorización del máximo órgano social) como requisito previo para la celebración del acto, cuya omisión genera las respectivas consecuencias, entre otras la imposición de sanciones pecuniarias.

“Para este despacho resulta claro que existe un conflicto de intereses en cabeza de un administrador en toda situación en la cual se pueda nublar su juicio objetivo en el curso de una operación determinada, de manera que se configure un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se pueda ver comprometido, así como cuando sufra menoscabo su capacidad de cumplir con los deberes y funciones propios de su cargo.”¹⁵.

“En este sentido, es igualmente claro para este Despacho que cuando un accionista o grupo de accionistas en una sociedad tomó parte decisiva (por tener la mayoría accionaria requerida para el efecto sin requerir el apoyo de terceros), en la elección de un administrador y a su vez dicho grupo de accionistas tiene la mayoría accionaria requerida para removerlo (sin requerir el apoyo de terceros), dicho administrador se encuentra en una situación verdaderamente comprometedor, pues su permanencia en el cargo de administrador se encuentra completamente en manos de dicho accionista o grupo de accionistas, de tal manera que la celebración de actos o contratos con estas personas, o sociedades controladas por estos, comprometen su juicio y discernimiento, al igual que sufre menoscabo su capacidad de cumplir con los deberes y funciones propios de su cargo.

¹⁵ En este sentido se ha pronunciado repetidamente la Delegatura para Procedimiento Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, entre otras providencias, en la sentencia No. 800-052 del 1 de septiembre de 2014 y el auto de medidas cautelares dictado en el proceso No. 2015-800-24.

“En verdad, si el administrador, por cuenta de la sociedad, pretende celebrar un acto o contrato con dicho accionista o accionistas, o con sociedades que éste o éstos controlan, el administrador, sin duda, se encuentra en una situación en la que su juicio y discernimiento se ven comprometidos, toda vez que los intereses de la sociedad que administra y los de la sociedad que dichos accionistas controlan son contrapuestos y por consiguiente, si en el proceso de negociación y celebración del acto defiende o hace prevalecer los intereses de la sociedad que administra frente a los de la contraparte, existe la posibilidad de que en respuesta a tal proceder sea removido del cargo por los accionistas que tienen tal poder de removerlo y a su vez son controlantes de la otra parte del acto o contrato.

“Por esencia y definición legal,¹⁶ los contratos bilaterales onerosos (...) de bienes de propiedad de **BENTRUX S.A.** celebrados por el Liquidador como administrador de **BENTRUX S.A.** con la empresa **ENECOZ S.A.S.**, implicaban una contraposición de intereses.

“Está probado que la sociedad **ENECOZ S.A.S.** era de propiedad exclusiva de los señores **ARON** y **CARINA**, accionistas de **BENTRUX S.A.** quienes, por ostentar la mayoría accionaria en esta última, propusieron y eligieron al señor **DORIAN** en el cargo de liquidador, que ostenta desde diciembre de 201x.

“En efecto, según las diferentes actas de asamblea de accionistas y documentos disponibles en el expediente, los referidos accionistas poseían el 56% de las acciones de **BENTRUX S.A.** y el 100% de las acciones de **ENECOZ S.A.S.**, así como que fueron quienes lo designaron, en virtud de dicha mayoría, como liquidador de **BENTRUX S.A.**

“En consecuencia, con dicha mayoría accionaria en **BENTRUX S.A.**, los señores **ARON** y **CARINA** tenían la posibilidad de remover del cargo de liquidador al señor **DORIAN**, en cualquier momento, si a bien lo tuvieran, sin necesidad de contar con el voto afirmativo de los demás accionistas de **BENTRUX S.A.**..

“Esta circunstancia probada y objetiva, generaba sin duda un conflicto de intereses en cabeza del liquidador **DORIAN**, toda vez que se podía nublar su juicio objetivo y se podían comprometer su juicio y discernimiento, en los términos atrás expuestos, esto es que los intereses de **BENTRUX S.A.** y los de **ENECOZ S.A.S.** en los contratos (...), siendo contrapuestos, implicaban que si en el proceso de negociación y celebración del acto defendía o hacía prevalecer los intereses de **BENTRUX S.A.** frente a los de **ENECOZ S.A.S.**, existía la posibilidad de que en respuesta a tal proceder fuera removido del cargo por los accionistas que tenían

¹⁶ Esto de conformidad con los artículos 1496, 1497, 1849 y 1973 del Código Civil, así como 822 y 905 del Código de Comercio.

tal poder de removerlo (**ARON** y **CARINA**) y a su vez eran controlantes de la otra parte del acto o contrato (**ENECOZ S.A.S.**).

“Frente a tal situación, el deber de conducta impuesto por el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 consistía en que el liquidador **DORIAN**, obtuviera la autorización previa y expresa del acto o contrato por parte de la asamblea de accionistas de **BENTRUX S.A.**, lo cual, está totalmente probado en el curso de esta actuación administrativa, se abstuvo de hacer y dio lugar a la formulación de cargos y la sanción.

“En cuanto a que la sociedad estaba llamada a su liquidación, para justificar la venta del activo, ya se manifestó en la resolución recurrida que “ello equivaldría a decir que un liquidador, con tal de gestionar la liquidación de la empresa, no está obligado a actuar con la conducta y deberes descritos por el legislador en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995”, es decir, que los administradores de las sociedades en liquidación no están exentos del conflicto de intereses de que trata el numeral 7 de esta norma.

“Por último, en cuanto a los perjuicios también fue clara la resolución sancionatoria al indicar que: “la norma no hace referencia a operaciones perjudiciales para la empresa, de hecho, se supone el beneficio siempre, pues la asamblea no puede en ningún caso impartir autorización para celebrar la operación en conflicto, si ésta perjudica los intereses de la sociedad”.

“Debe este despacho insistir en que, en tratándose de la responsabilidad administrativa, derivada del incumplimiento de las normas, los perjuicios causados con la infracción o el beneficio obtenido por la misma, si bien son considerados a la hora de tasar la sanción, en ningún caso pueden ser considerados un eximente de la responsabilidad, pues no se trata de un régimen de responsabilidad patrimonial por daños, sino de responsabilidad administrativa derivada de la infracción de las normas.

“En el caso particular además sobresale el hecho de que la sociedad investigada atravesaba un conflicto personal entre accionistas, quienes se encontraban divididos en dos bandos, uno, el de los mayoritarios, conformado por los señores **ARON** y **CARINA** y el otro, el de los minoritarios, conformado por los señores **FANNY** y **GABRIEL**, y por ello las operaciones celebradas con la sociedad conformada por los primeros, no sólo debieron revelarse a la asamblea de accionistas en los términos y condiciones del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, sino que con ellas el liquidador terminó beneficiando a un bloque de accionistas en conflicto. Esta circunstancia pone especialmente de presente el menoscabo que tuvo el administrador en su capacidad de cumplir con sus deberes y funciones, así como el compromiso que su juicio y discernimiento sufrieron, es decir, el conflicto de intereses en el que se encontraba inmerso.

CONCLUSIONES:

El numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 no exige que el administrador sea titular de un interés patrimonial personal respecto del acto que celebra en el cual exista conflicto de intereses, sino que, al existir el conflicto, se obliga a seguir un procedimiento determinado por la ley (autorización del máximo órgano social), como requisito previo para la celebración del acto. La norma tampoco exige que el administrador tenga vinculación legal (de socio o empleado o de otra naturaleza) con la persona con la cual vaya a celebrarse el acto, ni hace referencia a operaciones perjudiciales para la empresa, de hecho, se supone el beneficio siempre, pues la asamblea no puede en ningún caso impartir autorización para celebrar la operación en conflicto, si ésta perjudica los intereses de la sociedad.

Para la Superintendencia es claro que un administrador está inmerso en un conflicto de intereses en toda situación en la que se pueda nublar su juicio objetivo en una situación determinada que comprometa su juicio y discernimiento, así como cuando sufra menoscabo su capacidad de cumplir con los deberes y funciones propios de su cargo.

En este sentido, los liquidadores también están obligados a actuar con la conducta y deberes descritos por el legislador en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

3. DEL CONFLICTO DE INTERÉS COMO CLÁUSULA DE LOS ESTATUTOS

La Superintendencia, de Sociedades solicitó al representante legal y revisor fiscal de la sociedad **ZULUAX S.A.**, explicación sobre una cláusula estatutaria que no se ajusta a lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, al contemplar que la Junta Directiva puede autorizar actividades que impliquen competencia con la sociedad o actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, siempre y cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad.

ARGUMENTOS EXPUESTOS POR EL REPRESENTANTE LEGAL DE LA SOCIEDAD

“En nuestro concepto, el ordinal (sic)... del artículo (alfa...) de los Estatutos Sociales, si se ajusta a lo establecido por el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Lo anterior, puesto que de acuerdo con la Ley mencionada, son los "actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses" los que requieren autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas”.

“En nuestro concepto, el conflicto de interés se configura cuando al momento de la decisión, entra en conflicto el interés de la sociedad, con el interés

de alguno de sus asociados que tiene la facultad de adoptar la decisión y esta va en detrimento del otro.

“Sin embargo, cuando el acto o decisión no perjudica los intereses de la sociedad, sino que por el contrario, los favorece, no se configura conflicto de interés y la decisión correspondiente la puede adoptar válidamente la Junta Directiva de la sociedad, tal como lo consagra el ordinal (...) del artículo (alfa...)”.

“Así mismo, la representante legal suplente de la Sociedad citó entre otros, la doctrina del Dr. José María Garrido, Catedrático de la Universidad de Castilla - La Mancha (España) Abogado del Banco Mundial, publicada en la Revista de la Supersociedades, Edición No. 10 de Abril - Mayo de 2015, sobre la noción de conflicto de interés, resaltando que “(...) el hecho de que existan intereses diversos no implica que automáticamente nos encontremos en una situación de conflicto de intereses. No existen intereses opuestos cuando los intereses concurrentes sean coincidentes, paralelos o comunes, e, incluso, distintos, siempre que sean compatibles. Es necesario que entre los distintos intereses exista una contraposición, que señala la necesidad de la existencia de dos intereses contrapuestos de forma que la consecución de uno de ellos implique la lesión del otro” (subraya la representante legal de la Sociedad).

NORMATIVA APLICABLE EN EL ASUNTO QUE SE ANALIZA:

1. Sobre los deberes de los administradores en relación con los conflictos de interés:

- Artículo 23 de la Ley 222 de 1995

“Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.

En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

(...)

“7. 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 administrador, 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”.

- Artículo 2.2.2.3.2. del Decreto 1074 de 2015

“Conforme al precepto legal consagrado en el último párrafo del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en caso de conflicto de interés o competencia con la sociedad, el administrador ordenará la convocatoria o convocará a la Asamblea General o Junta de

Socios, señalando dentro del orden del día la solicitud de autorización para la actividad que le representa conflicto de interés o competencia con la sociedad. Durante la reunión de la Asamblea o Junta de Socios, el administrador suministrará toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio.

“En todo caso, de conformidad con la Ley 222 de 1995, 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”.

2. Sobre los deberes de los administradores en el cumplimiento de las obligaciones legales y estatutarias:

- Artículo 23 de la Ley 222 de 1995

“Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.

“En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

(...)

“2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias”.

3. Sobre las facultades de esta Superintendencia:

- Artículo 84 de la Ley 222 de 1995

“VIGILANCIA. La vigilancia consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos. La vigilancia se ejercerá en forma permanente.

(...)

“Respecto de estas sociedades vigiladas, la Superintendencia de Sociedades, además de las facultades de inspección indicadas en el artículo anterior, tendrá las siguientes: (...)

“10. Ordenar la modificación de las cláusulas estatutarias cuando no se ajusten a la ley”.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

“El artículo (alfa...) de los estatutos sociales vigentes de la sociedad ZULUAX S.A., respecto de las funciones del Presidente, establece lo siguiente:

“El Presidente, ejercerá las siguientes funciones:

(...)

“(..). 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 Directiva. En este último caso, el administrador suministrará al órgano social correspondiente, toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. En todo caso, la autorización de la Junta Directiva sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad” (se subraya).

“Por su parte, el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, reglamentado por el artículo 2.2.2.3.2 del Decreto 1074 de 2015, es claro al establecer los deberes de los administradores en cuanto estos se encuentren inmersos en competencia o en un conflicto de interés en relación con la sociedad. La normativa actual impone el deber de abstención, salvo que la asamblea de accionistas -para el caso de las sociedades anónimas-, otorgue expresamente autorización al administrador envuelto en un conflicto de intereses, autorización que en ningún caso puede otorgarse si la operación perjudica los intereses de la sociedad.

“Esta línea interpretativa ha sido ampliamente reconocida por la Superintendencia de Sociedades. Al respecto cabe anotar que en Sentencia No. 800-52 del 1 de septiembre de 2014 (Sucesión de María del Pilar Luque de Schaefer contra Luque Torres Ltda. en liquidación proceso 2014-801-054), la Delegatura para Procedimientos Mercantiles se pronunció en los siguientes términos:

“(..). en Colombia no se ha previsto una definición legal que permita identificar la configuración de conflictos de interés en el ámbito societario. Mientras subsista este vacío, les corresponderá a los jueces determinar cuándo existen circunstancias que puedan activar la regla del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. El análisis que haga el juez buscará establecer si el administrador cuenta con un interés que pueda nublar su juicio objetivo en el curso de una operación determinada. Para el efecto, deben acreditarse circunstancias que representen un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido. [...] puede presentarse un conflicto cuando el administrador tiene un interés económico que sea lo suficientemente significativo como para menoscabar su capacidad de cumplir, de modo objetivo, con las funciones propias de su cargo” (Subrayado por fuera de texto).

“De acuerdo con lo explicado, el concepto de conflicto de interés resulta ser complejo, pues no debe entenderse solamente como una contraposición natural de intereses, sino que se extiende a aquellos eventos en que se presente interferencia con los deberes y obligaciones del administrador o que impliquen una desviación del recto cumplimiento de sus obligaciones como consecuencia de privilegiar otros intereses o también cuando el interés propio del administrador, o de un tercero, puede nublar su juicio.

“Es inequívoco que el conflicto de intereses se presenta por ejemplo, cuando una misma persona sea representante legal de dos sociedades diferentes, las cuales pretenden negociar entre sí, al margen de que esos intereses sean representados directamente en el administrador o por medio de interpuesta persona.

“Otro aspecto importante a resaltar es que, tal y como está previsto el conflicto de interés en el ordenamiento colombiano tal y como lo ha destacado la jurisprudencia, supone que el administrador obtenga una autorización expresa por parte del máximo órgano social¹⁷, lo cual permite concluir que, independientemente de si la decisión fue conveniente o no a la sociedad, en cabeza del administrador recae la obligación de cumplir lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, es decir, contar con la “autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas”.

“En consideración a lo anterior, hay que señalar que, contrario a lo afirmado por la representante legal suplente de la Sociedad, los planteamientos plasmados en el artículo denominado “Reflexiones sobre el tratamiento de los conflictos de intereses de los administradores en el Derecho de Sociedades” de José María Garrido, no pueden ser tenidos en cuenta para este caso en concreto, pues ese resulta ser un estudio cuyo sustento jurídico es un modelo o sistema jurídico diferente al colombiano, es decir al régimen de autorización previa, motivo por el cual, mal haría este Despacho en recibirlo como argumento de defensa, pues así, desconocería lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y la norma que lo reglamenta (artículo 2.2.2.3.2. del Decreto 1074 de 2015).

“Así las cosas, ese régimen de “autorización previa y expresa” en materia de conflicto de intereses contemplado en el mencionado numeral 7º, es claro y no prevé algún tipo de excepción como la que pretender hacer valer la representante de la Sociedad y es que ninguna parte de la citada ley, se indica que cuando como consecuencia de la decisión adoptada por el administrador se vea beneficiada la

¹⁷Al respecto la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de ésta Superintendencia, en ejercicio de funciones jurisdiccionales, señaló en la Sentencia 801-35 del 09 de julio de 2013 (SAC Estructuras Metálicas S.A. contra Praxedis José Daniel Correa Senior, Santiago Francisco Correa Laverde y Gloria Estella Gallo Pérez, proceso 2013-801-007), que: “Según lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, los administradores deberán *‘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’*. Al igual a como ocurre en Francia, en nuestro sistema se ha establecido un requisito de autorización previa, a cargo del máximo órgano social, para la celebración de operaciones en las que se presente un conflicto de interés. En el segundo inciso del citado numeral 7 se establece que, en estas hipótesis, *‘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 administrador, 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’*. Se trata, como lo afirma Reyes Villamizar, de una ‘prohibición de carácter general para ejecutar [actos viciados por un conflicto de interés]’. El mismo autor aclara, en este orden de ideas, que la Ley 222 de 1995 ‘no impide definitivamente la realización de tales actos, sino que somete su celebración a un riguroso procedimiento mediante el cual se pretende, en lo esencial, proteger los intereses de la sociedad, sus asociados y terceros interesados. (subrayado por fuera de texto).

sociedad, el administrador estará exceptuado de consultar esa decisión con la junta de socios o asamblea general de accionistas.

“Claramente es una norma que no prohíbe la ejecución de esos negocios jurídicos, sino que simplemente ‘somete su celebración a un riguroso procedimiento mediante el cual se pretende, en lo esencial, proteger los intereses de la sociedad, sus asociados y terceros interesados’.¹⁸

“En el caso de Ángela María Azuero Figueroa contra El Puente S.A.¹⁹, esta Superintendencia puso de presente que “la existencia de un conflicto de interés no depende de las utilidades o pérdidas que genere el acto viciado. Si bien es factible que las operaciones afectadas por un conflicto le reporten importantes beneficios a una sociedad, esta circunstancia no hace desaparecer los intereses que contaminaron el juicio del administrador al momento de celebrar tales negocios. Es por ello que la simple configuración de un conflicto de interés hace necesario surtir el procedimiento contemplado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, antes de que el administrador pueda participar en la celebración del acto o contrato concerniente. Debe entonces insistirse en que la existencia de un conflicto de interés en cabeza de los administradores no está sujeta a la medición de los resultados económicos que a la postre produzcan las operaciones correspondientes”.

“Esta posición también fue sostenida en el caso de SAC Estructuras Metálicas S.A. contra Daniel Correa y otros. En la Sentencia No. 801-35 del 9 de julio de 2013, la Delegatura encontró que “los administradores demandados obraron en concordancia con los mejores intereses de SAC Estructuras Metálicas S.A.”. Sin embargo, en la citada sentencia se aclaró que “debió haberse obtenido la autorización expresa de la asamblea general de accionistas de SAC Estructuras Metálicas S.A. para celebrar los contratos de mutuo objeto de este proceso. Así se pronunció la Delegatura para Procedimientos Mercantiles:

“A pesar de que en la Ley 222 no se le asignó una sanción expresa a la violación de lo previsto en el citado artículo 23, la doctrina ha coincidido en que la falta de la autorización a que se ha hecho referencia puede dar lugar a la nulidad absoluta de las operaciones concernientes.²⁰ Para Gil Echeverry, por ejemplo, ‘los

¹⁸ Reyes Villamizar, Francisco. SAS: La Sociedad por Acciones Simplificada (2013b, 3ª ed., Editorial Legis, Bogotá,) 161-162.

¹⁹ Sentencia N.º 800-102 del 5 de agosto de 2015.

²⁰ En este caso, la justificación para invocar la nulidad puede encontrarse en el artículo 899 del Código de Comercio, en el cual se dispone que ‘será nulo absolutamente el negocio jurídico [...] cuando contraría una norma imperativa’. Podría pensarse, además, que la nulidad antes referida es saneable por ratificación del máximo órgano social, al igual a como ocurre con la sanción prevista para la violación del artículo 404 del Código de Comercio. Sobre esta última sanción, Martínez Neira ha señalado que ‘es posible ratificar el negocio jurídico por las mismas partes intervinientes, lo que implica la convalidación de los efectos del contrato que ha nacido viciado. La ratificación [...] implica necesariamente que los

*actos celebrados en conflictos de intereses resultan absolutamente nulos’.*²¹ En este mismo sentido, la Superintendencia de Sociedades ha expresado, en sede administrativa, que ‘mediante el proceso verbal sumario, podrá solicitarse la declaratoria de nulidad absoluta de los actos ejecutados en violación al numeral 7º, artículo 23’.²² También debe anotarse que la posibilidad de acudir a las instancias judiciales para solicitar la nulidad absoluta de los negocios jurídicos contaminados por un conflicto de interés fue reconocida explícitamente en el Decreto 1925 de 2009, por cuya virtud se reglamentó el artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

(...)

“De conformidad con lo anterior, no es viable para el Despacho aceptar la respuesta suministrada por la representante legal suplente de la Sociedad y por el contrario, es claro que el literal (...) del artículo (alfa...) de los estatutos sociales de la Sociedad no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 23 de la ley 222 de 1995, toda vez que la norma dispone palmariamente que un administrador debe 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 y, que en caso de estar inmerso en dicho conflicto de intereses, requiere autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.

“Por el contrario, en la citada norma de los estatutos de la sociedad **ZULUAX S.A.** se le está delegando a la junta directiva una función que por ley le corresponde exclusivamente a la asamblea general de accionistas, con lo cual se está infringiendo la disposición legal antes anotada.

En el mismo sentido, observa esta Superintendencia que en el literal (...) del artículo (beta...) de los estatutos sociales, relacionado con las funciones de la asamblea general de accionistas, resulta pertinente indicar que dentro de las funciones que por ley le están expresamente asignadas a dicho órgano social, se encuentra la de autorizar -en forma previa-, la actuación de los administradores en aquellos casos en los que estos se encuentren en competencia con la Sociedad o inmersos en un conflicto de interés, en los términos del numeral 7º del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

involucrados obtengan previamente las autorizaciones de la junta directiva o de la asamblea [...]. NH Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario (2010, Abeledo Perrot, Buenos Aires) 530.

²¹ 8. JH Gil Echeverry, Derecho Societario Contemporáneo: Estudios de Derecho Comparado, (2012, 2ª ed, Editorial Legis, Bogotá) 284.

²² 9. Oficio 220-140389 del 27 de noviembre de 2012.”

“Cabe precisar que lo señalado en las cláusulas sociales resulta de obligatorio acatamiento por parte de los accionistas y los administradores de la sociedad, y le corresponde a estos últimos hacerlas cumplir en ejercicio de sus funciones. En este sentido, deben velar por el estricto apego a la ley y a los estatutos, so pena de responder solidaria e ilimitada de los perjuicios que por dolo o culpa le ocasionen a la sociedad, a los socios o a los demás terceros. Sumado a que su inobservancia o violación puede dar lugar a la imposición de sanciones o multas por parte de esta Superintendencia, de acuerdo con el artículo 86, numeral 3º de la Ley 222 de 1995, en concordancia con el artículo 90 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

“Así las cosas, le corresponde al representante legal de la Sociedad, adelantar las gestiones pertinentes, para que en el menor tiempo posible, los estatutos se ajusten a las disposiciones legales, con el fin de que las decisiones que se adopten y los compromisos que se adquiriera con terceros, estén debidamente aprobados por los órganos sociales competentes.

CONCLUSIONES:

Las disposiciones estatutarias deben contemplar que toda actividad del representante legal y, en general de los administradores de la Sociedad, que implique competencia con la Sociedad o un conflicto de interés, sólo podrá realizarse si se cuenta con la aprobación previa por parte de la junta de socios o asamblea general de accionistas de la Sociedad.

PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE TÍTULOS VALORES (ACCIONES)

CANCELACIÓN POR PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE TÍTULOS VALORES REPRESENTATIVOS DE ACCIONES ORDINARIAS POR DECISIÓN DE LA ASAMBLEA DE ACCIONISTAS

En diligencia practicada por la Superintendencia de Sociedades a la sociedad **MELENAX S.A.** se estableció que la Junta Directiva y la Asamblea General de Accionistas, aprobaron y realizaron la cancelación del registro de xx títulos contentivos de xxxx acciones ordinarias, por prescripción extintiva, al haber transcurrido más de diez (10) años desde el último movimiento registrado, sin que sus titulares ejercieran los derechos de accionistas y sin que mediara un pronunciamiento judicial que permitiera dicha acción. La sociedad **MELENAX S.A.** manifiesta que existe una diferencia en cuanto a la necesidad de una declaración judicial de los presupuestos que dan origen a la prescripción, argumentando que la prescripción adquisitiva requiere dicha declaración, mientras que la extintiva ocurre por la sola verificación de sus hechos.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

“Sobre la prescripción, el artículo 2512 del Código Civil la considera como: *“una de las formas de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o los derechos ajenos, por no haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto tiempo, concurriendo los demás requisitos legales”*.”

“Es decir, la ley, en aras de la seguridad jurídica, le concede al transcurso del tiempo consecuencias legales en orden a determinar el nacimiento o extinción de un derecho (prescripción adquisitiva), o el establecimiento de un término dentro del cual puede incoarse una acción (prescripción extintiva o liberatoria).

“Frente al caso que nos ocupa, si bien argumenta el recurrente una diferencia en cuanto a la necesidad de una declaración judicial de los presupuestos que dan origen a la prescripción, argumentando que la prescripción adquisitiva requiere dicha declaración, mientras que la extintiva ocurre por la sola verificación de sus hechos, se pregunta esta Superintendencia ¿a qué título considera la sociedad **MELENAX S.A.**, que sus accionistas recibieron el incremento en el valor nominal de las acciones? O dicho de otra manera, si tal como lo argumenta el recurrente, para los accionistas cuyos títulos fueron

cancelados operó previamente una prescripción extintiva, es apenas lógico para esta Superintendencia concluir que los demás accionistas hicieron operar a su favor una prescripción adquisitiva por la cual la sociedad canceló las xxxx acciones para luego incrementar el valor nominal de sus acciones. Así las cosas, la maniobra adelantada implicó un enriquecimiento de los accionistas mediante el incremento del valor nominal de sus acciones.

“En este sentido, para el Despacho es claro que existe una gran contradicción en la argumentación del recurrente, pues en efecto la mayoría de accionistas²³ de **MELENAX S.A.**, decidieron unilateralmente, sin formula de juicio previa, declarar una prescripción “extintiva o liberatoria” de unas acciones y hacerse a su dominio mediante su cancelación y distribución de su valor entre los demás accionistas mediante un incremento del valor nominal de sus acciones. En especial, dicha adquisición a favor de los demás socios, no tuvo otro título jurídico (aunque errado en todo caso) que el de una supuesta prescripción adquisitiva que ahora se pretende esconder mediante contradictorias argumentaciones del recurso.

“En este sentido, para este Despacho no existe duda alguna respecto a que la decisión adoptada por la mayoría de accionistas en la reunión de la Asamblea General de Accionistas de **MELENAX S.A.** del (...), por recomendación de sus administradores, consistente en declarar la prescripción de unas acciones en perjuicio de unos accionistas y en favor de los demás, acrecentando su participación en el capital social, fue verdaderamente abusiva, pues, además de que el dominio sobre unas acciones no pueden prescribir por el solo transcurso del tiempo sin ejercer los derechos sobre las mismas (prescripción extintiva)²⁴, menos aún pueden dichos derechos ser transferidos a los demás accionistas (prescripción adquisitiva) unilateralmente mediante una decisión de la asamblea general de accionistas, pues tal órgano no tiene competencia para tomar tal decisión, la cual, de haber sido procedente, está reservada a las autoridades jurisdiccionales.

“Para este Despacho es claro que la mayoría de accionistas no podían declarar la prescripción de las xxxx acciones representadas en xx títulos. Dicho en las palabras de la sentencia C-133 de 2009, de la Corte Constitucional, la

²³ Es de destacar que un accionista, quien precisamente invocó la sentencia C-133 de 2009, titular de 15.214 acciones, votó en contra de la determinación. Los restantes accionistas votaron a favor de la misma a pesar de la constancia del accionista minoritario que se opuso a la decisión.

²⁴ Reyes Villamizar señala “En opinión de NARVÁEZ, la acción, como relación jurídica permanente, es imprescriptible, ‘pues no se adquiere por el ejercicio de los derechos derivados del status socii ni se extingue por la abstención en el ejercicio de los mismos’. Así las cosas, si la acción se adquirió mediante un procedimiento válido (suscripción de acciones, previa emisión por parte de la sociedad o adquisición en mercado secundario por negociación), los derechos inherentes a la calidad de accionista se mantienen en cabeza de su titular”. Reyes Villamizar, Francisco. Derecho Societario, Tomo I, segunda edición, Editorial Temis, Bogotá D.C., 2011, pág. 389.

prescripción, de haber sido procedente, es un limitante al derecho de propiedad que requiere una sentencia judicial que la declare. En dicha sentencia, al referirse a una norma que permitía la prescripción de acciones en sociedades anónimas abiertas sin declaración judicial, sino solamente con decisión de la asamblea de accionistas (como ocurrió en el caso de la presente actuación administrativa), la Corte afirmó:

“Por ende, y como se viene afirmando, al despojarse de su dominio a los poseedores de acciones inscritas en el registro nacional de Valores y en una o más bolsas de valores del país por no haber ejercido ninguno de los derechos consagrados en la ley o en los estatutos sociales por un término de 20 años; se está violentando la Constitución por cuanto dicha dejación forzosa del dominio accionario no deviene ni de motivación señalada por la ley ni de sentencia judicial que la reconozca. Por el contrario, es un órgano particular como la asamblea de accionistas quien decide despojar de su dominio al propietario de las acciones, desconociendo entonces las exigencias constitucionales de “ley previa” y de “sentencia judicial” como limitantes de la propiedad.”

Y continúa la Corte con respecto a lo que jurídicamente sucede cuando una asamblea como la de **MELENAX S.A.** decide cancelar unas acciones por prescripción:

“Así pues, siendo la propiedad – como lo es la propiedad accionaria - un derecho perpetuo en cuanto dura mientras persista el bien sobre el cual se incorpora el dominio, y además, no se extingue -en principio- por su falta de uso; siendo la propiedad- como lo es la propiedad accionaria - un derecho irrevocable, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende de la propia voluntad de su propietario y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero; solamente puede ser limitado o restringido acorde con las limitaciones y restricciones señaladas manifiestamente por la Constitución.

“Así entonces, la pérdida del dominio de sus propietarios sobre las acciones, previa decisión y aprobación de la asamblea de socios, por la supuesta inactividad en el ejercicio de sus derechos por un término de 20 años; no es ni siquiera una de las limitaciones al derecho a la propiedad. En el presente caso, lo que se presenta claramente es una pérdida del dominio no una limitación a éste, pérdida que no cuenta con ningún respaldo constitucional. Esta pérdida del dominio accionario no cuenta en momento alguno ni siquiera con la determinación de legislador a través de una ley y la declaración por medio de una sentencia judicial, acá lo que sucede es la pérdida de la propiedad por determinación de un particular.”

“Y para hacer mayor énfasis en el caso que nos ocupa, citamos la referencia que hace la Corte frente a la manifestación de un interviniente respecto

al tema de la prescripción extintiva tanto como adquisitiva frente a un caso de inactividad de un socio, así:

“Por último, de un lado, mal puede compararse como lo pretende hacer uno de los intervinientes, los postulados de la norma sujeta a estudio con los postulados del artículo 2512 del código civil que establece que la prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas o de extinguir las acciones o derechos ajenos por no haberse ejercido las acciones y derechos durante un lapso de tiempo y concurriendo los demás requisitos legales.”

“Lo anterior, por cuanto la propia prescripción establecida por el Código Civil requiere ser declarada por vía judicial” (Negrilla y subraya fuera del texto)

“Así las cosas, evidencia este Despacho que la asamblea general de accionistas de **MELENAX S.A.** no tenía la capacidad jurídica para adoptar la decisión de cancelar unas acciones por su supuesta prescripción (en perjuicio de unos accionistas por supuestamente no haber ejercido sus derechos) y distribuir su valor entre los demás accionistas.

“Dicha decisión, si es que fuera posible que las acciones de un accionista en una sociedad prescribieran por el “no uso” de las mismas (lo cual, reitera este Despacho, no es procedente), sólo podía ser adoptada por la autoridad judicial, luego del respectivo proceso, en el cual se hubiera citado en debida forma a los titulares de estas acciones para que defendieran su derecho de propiedad.

“De otra parte, respecto de la decisión adoptada por la mayoría de accionistas a que se ha hecho referencia, dado su carácter inequitativo, discriminatorio, abusivo y de despojo en contra de unos accionistas y en favor de los demás, de conformidad con los artículos 188 y 190 del Código de Comercio, podría carecer de carácter general,²⁵ de manera que sería inoponible ²⁶, no

²⁵ Sostiene el profesor Jorge Hernán Gil Echeverry que “Si bien la ley no entra a definir lo que ha de entenderse por carácter general, esto significa que las decisiones deben ser tomadas pensando en el interés común de los asociados y respetando la igualdad jurídica que les corresponda (...)”. Gil Echeverry, Jorge Hernán. Impugnación de decisiones societarias, primera edición, Legis Editores, 2010, pág. 311.

²⁶ Gil Echeverry indica que “(...) las decisiones serán oponibles siempre que tengan el carácter general, vale decir, que los acuerdos versen sobre cuestiones que atañen a todos los asociados; de ahí que el principio de la generalidad sea el fundamento que permite decidir con el voto de la simple mayoría, pues si fuera de otra manera, se presentaría un abuso del derecho que implicaría la ruptura del affectio societatis. Al respecto la doctrina colombiana ha manifestado: ‘No quedando por consiguiente amparados por tal indispensable generalidad los acuerdos que comporten inequidad o discriminación, abuso o despojo, como lo serían la aprobación de dividendos diferenciales, la autorización de suscripción de acciones o de pago de cuotas sociales en términos distintos para unos socios que para otros, el prohijamiento del ingreso de un socio o el incremento de capital de alguno, contra la voluntad de otros, ofreciendo cuotas o acciones a valor nominal en sociedades cuyo patrimonio es muy superior al capital; y el pago de remanentes sociales a un socio en especies de valor real inferior al nominal de adjudicación en concurrencia con otros socios a quienes se cancelan los remanentes sociales en dinero o en especies cuya valorización efectiva no ha sido íntegramente considerada” (la cita del autor corresponde a un texto del profesor Ignacio Sanín Bernal). Gil Echeverry, Jorge Hernán, op. cit., pág. 312.

ejecutable ni exigible contra los accionistas que fueron despojados y expropiados, sin un juicio previo, de sus participaciones de capital.”

CONCLUSIONES:

Declarar, por parte del máximo órgano social, la prescripción de unas acciones en perjuicio de unos accionistas y en favor de los demás, acrecentando la participación de estos últimos en el capital social, es inequitativo, discriminatorio, abusivo y constituye un despojo injustificado en contra de unos accionistas y en favor de los demás, la cual podría carecer de carácter general de conformidad con los artículos 188 y 190 del Código de Comercio. El derecho de dominio sobre unas acciones no puede prescribir por el mero transcurso del tiempo sin que se haya ejercido los derechos sobre las mismas (prescripción extintiva), menos aún es viable jurídicamente transferir dichos derechos a los demás accionistas (prescripción adquisitiva) en forma unilateral, mediante la decisión de la asamblea general de accionistas, pues tal órgano no tiene competencia para adoptar tal decisión, la cual, de ser procedente, está reservada exclusivamente a las autoridades jurisdiccionales.

PRESUPUESTOS DE INEFICACIA

En los actos administrativos que resolvieron las actuaciones relacionadas con el tema en estudio, se analizaron las siguientes normas:

NORMATIVA APLICABLE:

1. Respecto de la Reunión de la Asamblea General de Accionistas y su convocatoria

“Artículo 181 del Código de Comercio

“Los socios de toda compañía se reunirán en junta de socios o asamblea general ordinaria una vez al año, por lo menos, en la época fijada en los estatutos. Se reunirán también en forma extraordinaria cuando sean convocados por los administradores, por el revisor fiscal o por la entidad oficial que ejerza control permanente sobre la sociedad, en su caso”.

“Artículo 186 del Código de Comercio

“Las reuniones se realizarán en el lugar del domicilio social, con sujeción a lo prescrito en las leyes y en los estatutos en cuanto a convocatoria y quórum. Con excepción de los casos en que la ley o los estatutos exijan una mayoría especial, las reuniones de socios se celebrarán de conformidad con las reglas dadas en los artículos 427 y 429 del Código de Comercio”.

“Artículo 422 del Código de Comercio

“Las reuniones ordinarias de la asamblea se efectuarán por lo menos una vez al año, en las fechas señaladas en los estatutos y, en silencio de éstos, dentro de los tres meses siguientes al vencimiento de cada ejercicio, para examinar la situación de la sociedad, designar los administradores y demás funcionarios de su elección, determinar las directrices económicas de la compañía, considerar las cuentas y balances del último ejercicio, resolver sobre la distribución de utilidades y acordar todas las providencias tendientes a asegurar el cumplimiento del objeto social.

“Si no fuere convocada, la asamblea se reunirá por derecho propio el primer día hábil del mes de abril, a las 10 a.m., en las oficinas del domicilio principal donde funcione la administración de la sociedad.

“Los administradores permitirán el ejercicio del derecho de inspección a los accionistas o a sus representantes durante los quince días anteriores a la reunión”.

“Artículo 423 del Código de Comercio

“Las reuniones extraordinarias de la asamblea se efectuarán cuando lo exijan las necesidades imprevistas o urgentes de la compañía, por convocatoria de la junta directiva, del representante legal o del revisor fiscal.

“El superintendente podrá ordenar la convocatoria de la asamblea a reuniones extraordinarias o hacerla, directamente, en los siguientes casos:

1) Cuando no se hubiere reunido en las oportunidades señaladas por la ley o por los estatutos;

2) Cuando se hubieren cometido irregularidades graves en la administración que deban ser conocidas o subsanadas por la asamblea, y

3) Por solicitud del número plural de accionistas determinado en los estatutos y, a falta de esta fijación, por el que represente no menos de la quinta parte de las acciones suscritas.

“La orden de convocar la asamblea será cumplida por el representante legal o por el revisor fiscal”.

“- Artículo 424 del Código de Comercio

“Toda convocatoria se hará en la forma prevista en los estatutos y, a falta de estipulación, mediante aviso que se publicará en un diario de circulación en el domicilio principal de la sociedad. Tratándose de asamblea extraordinaria en el aviso se insertará el orden del día.

Para las reuniones en que hayan de aprobarse los balances de fin de ejercicio, la convocatoria se hará cuando menos con quince días hábiles de anticipación. En los demás casos, bastará una antelación de cinco días comunes”.

2. Respetto de los presupuestos de ineficacia

“Artículo 190 del Código de Comercio

“Las decisiones tomadas en una reunión celebrada en contravención a lo prescrito en el artículo 186 serán ineficaces; las que se adopten sin el número de votos previstos en los estatutos o en las leyes, o excediendo los límites del contrato social, serán absolutamente nulas; y las que no tengan carácter general, conforme a lo previsto en el artículo 188, serán inoponibles a los socios ausentes o disidentes”.

“Artículo 433 del Código de Comercio

“Serán ineficaces las decisiones adoptadas por la asamblea en contravención a las reglas prescritas en esta Sección”.

“Artículo 897 del Código de Comercio

“Cuando en el Código de Comercio se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”.

“Parágrafo primero del artículo 87 de la Ley 222 de 1995:

“El reconocimiento de los presupuestos de ineficacia en los casos señalados en el Libro Segundo del Código de Comercio, será de competencia de la Superintendencia de Sociedades de oficio en ejercicio de funciones administrativas, en sociedades no sometidas a la vigilancia o control de otra Superintendencia. A solicitud de parte sólo procederá en los términos del artículo 133 de la Ley 446 de 1998”.

3. Respetto de la designación del representante legal de la sociedad

“Artículo 440 del Código de Comercio

“La sociedad anónima tendrá por lo menos un representante legal, con uno o más suplentes, designados por la junta directiva para períodos determinados, quienes podrán ser reelegidos indefinidamente o removidos en cualquier tiempo. Los estatutos podrán deferir esta designación a la asamblea.” (Subrayado por fuera de texto).

“Artículo 420 del Código de Comercio

“La asamblea general de accionistas ejercerá las funciones siguientes:

- 1) Disponer qué reservas deben hacerse además de las legales;*
- 2) Fijar el monto del dividendo, así como la forma y plazos en que se pagará;*
- 3) Ordenar las acciones que correspondan contra los administradores, funcionarios directivos o el revisor fiscal;*
- 4) Elegir y remover libremente a los funcionarios cuya designación le corresponda;*
- 5) Disponer que determinada emisión de acciones ordinarias sea colocada sin sujeción al derecho de preferencia, para lo cual se requerirá el voto favorable de no menos del setenta por ciento de las acciones presentes en la reunión.*
- 6) Adoptar las medidas que exigiere el interés de la sociedad, y*
- 7) Las demás que le señalen la ley o los estatutos, y las que no correspondan a otro órgano.” (Subrayado por fuera de texto).*

1. LOS ACCIONISTAS NO ESTÁN LEGITIMADOS PARA CONVOCAR AL MÁXIMO ÓRGANO SOCIAL

Como resultado de una toma de información a la sociedad **SURCOX S.A.**, la Superintendencia de Sociedades, de conformidad con lo previsto en el inciso 2° del artículo 35 de la Ley 1437 de 2011, comunicó al señor **ADRIAN**, representante legal de esa sociedad, el inicio de una actuación administrativa tendente al reconocimiento de la ocurrencia de presupuestos de ineficacia, por indebida convocatoria de la reunión del máximo órgano social.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

“En virtud de lo dispuesto en el párrafo 1° del artículo 87 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con el artículo 897 del Código de Comercio, es competencia de esta Superintendencia, de oficio, establecer si procede reconocer la ocurrencia de los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia en los casos señalados en el libro Segundo del Código de Comercio, cuyo efecto la labor de la Entidad es la de reconocer la ocurrencia de los presupuestos, esto es, de constatar la existencia de un hecho o de una omisión que conlleven la ineficacia del acto.

“En este sentido, resulta pertinente analizar las decisiones adoptadas en la reunión de la Asamblea General de Accionistas de la sociedad celebrada el (...), teniendo como fundamento las normas señaladas (...).

“Por lo anterior, es claro que únicamente pueden convocar a las reuniones, ordinarias o extraordinarias, de la asamblea general de accionistas de una sociedad anónima, aquellas personas legalmente facultadas para ello, esto es, los administradores (representante legal y junta directiva), el revisor fiscal o la entidad

oficial que ejerza control permanente sobre la sociedad, según sea el caso, cumpliendo lo relacionado con el medio y la antelación previstos en los estatutos sociales, o en su defecto en lo previsto en el artículo 424 de la citada norma. Es decir, los accionistas de una sociedad no pueden citar a reuniones de la asamblea general de accionistas, salvo que se trate de lo previsto para decidir sobre la acción social de responsabilidad de que trata el artículo 25 de la Ley 222 de 1995.

“Así las cosas, las decisiones adoptadas en una reunión citada por personas no habilitadas legalmente para el efecto, adolecen de ineficacia en los términos de los artículos 190 y 433 del Código de Comercio, la cual puede ser reconocida de oficio por esta Superintendencia.

“La convocatoria efectuada para esta reunión de la asamblea no dio cumplimiento a lo establecido en los artículos 181, 186, 423 y 424 del Código de Comercio y los estatutos sociales, por cuanto fue realizada por 4 socios de la sociedad, representando supuestamente el 36.08% del capital suscrito²⁷, quienes legalmente no estaban facultados para ello, irregularidad que acarrearía la ineficacia de las decisiones adoptadas en la reunión de conformidad con los artículos 190 y 433 del Código de Comercio.

“En este sentido, es importante señalar que el artículo (...) de los estatutos sociales de la sociedad **SURCOX.S.A.**, contenidos en la Escritura Pública No. (...), que se invoca en la convocatoria, no prevé la posibilidad de que los accionistas de la sociedad directamente convoquen a una reunión de la asamblea extraordinaria de accionistas con un número plural de socios que representen por lo menos la cuarta parte del capital suscrito. Dicho artículo de los estatutos sociales, de conformidad con los artículos del Código de Comercio atrás citados, se refiere a la cantidad de accionistas y acciones que se requieren para poder solicitar al representante legal que proceda a citar a reunión extraordinaria de la asamblea, más no para que los accionistas puedan citar directamente²⁸.

²⁷ Sea del caso señalar que aparentemente la administración de la sociedad parte del supuesto de que los accionistas de la sociedad son aquellos que figuran como accionistas fundadores de la sociedad en la escritura pública de constitución. Sin embargo, lo anterior no es claro, toda vez que este despacho no ha evidenciado fundamento jurídico para señalar que tales personas son los únicos accionistas actuales de la sociedad, desconociendo las posibles suscripciones de acciones y enajenaciones de acciones que se pudieren haber producido con posterioridad a la fecha de constitución.

²⁸ Al respecto, esta Entidad se refirió al tema de reuniones ordinarias y extraordinarias de la asamblea o junta de socios mediante oficio 220-192372 del 03 de diciembre de 2014, en los siguientes términos: “Los socios de toda compañía, se reunirán en junta de socios o asamblea general de ordinaria (sic), una vez al año, y de forma extraordinaria cuando sean convocados conforme al artículo 181 del Código de Comercio. Esta citación debe hacerse a los asociados, para que se reúnan en una fecha, hora y lugar determinados para integrar la asamblea o junta de socios, conforme los estatutos y la ley. Por regla general, los socios no pueden convocar directamente, salvo que se trate de lo previsto para decidir sobre la acción social de responsabilidad de que trata el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, sino que tal convocatoria recae sobre el representante legal de la sociedad”. (...)

“Ahora bien, dado el marco del tipo de reuniones del máximo órgano social esbozado, también se reunirán los asociados en forma extraordinaria cuando sean convocados por: (i) Los administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes señalen los estatutos. (ii) El revisor fiscal. (iii) La entidad que ejerza el control permanente sobre la sociedad y (iv) Por la Superintendencia de Sociedades de conformidad con lo previsto en el artículo 423 del Código de Comercio”.

“De otra parte, si el artículo (...) de los estatutos sociales mencionado en la convocatoria se refiere realmente al artículo (...) de la modificación a los estatutos sociales aprobada en la reunión extraordinaria de la Asamblea General de Accionistas celebrada el (...), formalizada en la Escritura Pública No. (...), mediante la cual se estableció en dicho artículo (...) que las reuniones extraordinarias se efectuaran siempre que con tal carácter sean convocadas por el representante legal o por lo accionistas que representen no menos del 25% de las acciones suscritas, se tiene que:

“Es discutible la validez de una disposición estatutaria que faculte directamente a los accionistas para convocar, pues las normas aplicables a la sociedad anónima no prevén tal posibilidad, sino tan sólo que los estatutos sociales consignen un número de accionistas y porcentaje de composición accionaria, que puedan solicitar a la administración de la sociedad, o al revisor fiscal, la convocatoria de la asamblea general de accionistas, más no convocar directamente (numeral 3° del artículo 423 del Código de Comercio).

“La referida reforma estatutaria es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, tal como ésta Superintendencia lo reconoció en la Resolución No. (...), la cual se encuentra debidamente ejecutoriada desde (...), pues en la misma se declararon los presupuestos de ineficacia de las decisiones adoptadas en las reuniones celebradas los días (...)

“Por otro lado, mediante escrito radicado con el No. (...), el señor **ADRIAN** informa que realizó la citación a la reunión de asamblea general de accionistas, mediante publicación en prensa y radio del domicilio de la sociedad, para lo cual allega copia del periódico el (...) y copia del certificado de radiodifusión de la convocatoria extraordinaria de accionistas de la sociedad, del (...).

“En este sentido es de aclarar que si bien es cierto la convocatoria se habría ceñido a lo previsto en el artículo (...) de los estatutos contenidos en la escritura pública de constitución No. (...), en cuanto a que se habría hecho mediante publicación en un periódico de la ciudad y en su defecto en una radiodifusora local, la misma no subsana lo mencionado en los párrafos precedentes.

“Ahora bien, sea del caso destacar que dentro de las decisiones adoptadas en esta reunión, que estarían todas viciadas de ineficacia, se observa entre otros, la reforma de los estatutos sociales consistente en el cambio de la razón social (...) y domicilio social a la ciudad de (...). Así mismo se encuentra la elección de junta directiva.

“En ese orden de ideas, se advierte que las decisiones adoptadas por la junta directiva nombrada en dicha reunión serían a su vez inexistentes, a la luz del artículo 898 del Código de Comercio, pues el órgano societario no estaba debidamente conformado. Entre tales decisiones inexistentes se encontraría el nombramiento del señor **ADRIAN**, como representante legal de la sociedad.

“Es decir, la convocatoria realizada para la reunión de la asamblea general de accionistas celebrada el (...), no dio cumplimiento a lo establecido en los artículos 181, 186, 423 y 424 del Código de Comercio y los estatutos sociales, por cuanto habría sido realizada por 4 personas que no estaban facultadas para ello, irregularidad que acarrea la ineficacia de las decisiones adoptadas en la reunión, de conformidad con los artículos 190 y 433 del Código de Comercio.

“Por otro lado, es pertinente indicar que mediante Resolución No. (...) la cual se encuentra debidamente ejecutoriada desde (...), esta Superintendencia sometió al grado de supervisión denominado “CONTROL”, a la sociedad **SURCOX.S.A.**

“Como consecuencia de esta medida, le correspondía a esta Superintendencia, conforme lo descrito en el numeral 2° del artículo 85 de la Ley 222 de 1995, autorizar la solemnización de toda reforma introducida a los estatutos Sociales.

“Advierte este Despacho que las reformas estatutarias adoptadas en la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas celebrada el (...) se solemnizaron sin autorización previa de la Superintendencia de Sociedades.

“En consecuencia, dichas reformas estatutarias estarían viciadas de ineficacia, toda vez que se solemnizaron sin autorización de esta Superintendencia, de conformidad con lo previsto en el inciso 2° del numeral 4° del artículo 85 de la Ley 222 de 1995.

DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

“Que de acuerdo a los argumentos expuestos, queda demostrado que las decisiones adoptadas en la reunión de Asamblea General de Accionistas mencionada en el considerando anterior, adolecen de ineficacia por cuanto no dio cumplimiento a lo previsto en los artículos 181,186, 423 y 424 del Código de Comercio y los estatutos sociales.

“Igualmente, las reformas estatutarias adoptadas en la mencionada reunión fueron solemnizadas sin autorización de esta Superintendencia, lo cual también las vicia de ineficacia de conformidad con lo previsto en el inciso 2° del numeral 4° del artículo 85 de la Ley 222 de 1995.

“En consecuencia, teniendo como fundamento las consideraciones contenidas en la parte motiva de esta providencia y de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1º del artículo 87 de la ley 222 de 1995, en concordancia con el artículo 897 del Código de Comercio, el Superintendente Delegado para Inspección Vigilancia y Control, procede a reconocer la ocurrencia de los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia.”

CONCLUSIONES:

Únicamente pueden convocar a las reuniones, ordinarias o extraordinarias, de la asamblea general de accionistas de una sociedad anónima, aquellas personas legalmente facultadas para ello, esto es, los administradores (representante legal y junta directiva), el revisor fiscal o la entidad oficial que ejerza control permanente sobre la sociedad, según sea el caso, cumpliendo lo relacionado con el medio y la antelación previstos en los estatutos sociales, o en su defecto en lo previsto en el artículo 424 de la citada norma. Es decir, los accionistas de una sociedad no pueden citar a reuniones de la asamblea general de accionistas, salvo que se trate de lo previsto para decidir sobre la acción social de responsabilidad de que trata el artículo 25 de la Ley 222 de 1995.

Las decisiones adoptadas en una reunión citada por personas no habilitadas legalmente para el efecto, adolecen de ineficacia en los términos de los artículos 190 y 433 del Código de Comercio, la cual puede ser reconocida de oficio por esta Superintendencia.

Por otro lado, como consecuencia del sometimiento al grado de “CONTROL”, la autorización de la solemnización de toda reforma introducida a los estatutos Sociales, le corresponde a esta Superintendencia so pena de ineficacia, de conformidad con lo previsto en el inciso 2º del numeral 4º del artículo 85 de la Ley 222 de 1995.

2. LAS FACULTADES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS NO SON ABSOLUTAS

La Superintendencia de Sociedades, de conformidad con lo previsto en el inciso 2º del artículo 35 de la Ley 1437 de 2011, comunicó al señor **ESTEBAN** y a la sociedad **ZORCOX S.A.**, el inicio de una actuación administrativa tendente al reconocimiento de la ocurrencia de presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia, por decisiones adoptadas por la asamblea general de accionistas atribuyéndose facultades de la junta directiva.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

1. Ineficacia por usurpación de funciones de la junta directiva por parte de la asamblea general de accionistas

“De conformidad con las normas señaladas (...), en una sociedad anónima la designación del representante legal y su suplente es una función que le corresponde a la junta directiva, a menos que en los estatutos se le haya asignado a la asamblea general de accionistas, lo cual, este caso no aplica, pues de conformidad con los artículos (...) ²⁹ de los estatutos sociales vigentes de la sociedad **ZORCOX S.A.** que obran en la Escritura Pública (...) de la Notaría (...) ³⁰, esa facultad se encuentra en cabeza de la junta directiva.

“Resulta necesario indicar que la doctrina y la jurisprudencia han reiterado que existe una prohibición para la asamblea general de accionistas de tomar decisiones o ejercer funciones que le han sido asignadas a otro órgano, en este caso, a la junta directiva. Las decisiones adoptadas en contravención a la mencionada prohibición se encuentran viciadas de ineficacia. ³¹

“Explicado lo anterior, es claro que las decisiones adoptadas por la asamblea general de accionistas atribuyéndose facultades de la junta directiva, es decir sin competencia para ello, adolecen de ineficacia en los términos del artículo

²⁹ “La sociedad tendrá un gerente general, con un suplente que lo remplazará en sus faltas absolutas o temporales, que podrá ser o no miembro de la junta directiva de libre nombramiento y remoción elegido por la junta directiva”.

³⁰ “Artículos que fueron modificados por la escritura pública n°. (...) de 200x, correspondiente a una reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de la sociedad), conforme a los cuales los representantes legales de la sociedad serían el presidente (antes gerente general) y un gerente administrativo, nombrados por la junta directiva de la sociedad.

³¹ Al respecto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en Sentencia del 12 de febrero de 2009, expediente 20070016701, indicó que “Como es sabido de todos en las sociedades anónimas la asamblea de accionistas es el órgano máximo de dirección de la sociedad, sus decisiones expresan la voluntad social, y no obstante, sus poderes no son omnímodos dado que tiene los límites que imponen la ley y los estatutos.

Dicho en otras palabras, la soberanía de la asamblea de accionistas tiene como límite la esfera de su propia competencia, de suerte que cuando usurpa las atribuciones de otro órgano, tal como podría ocurrir cuando usurpa funciones de la junta directiva o del representante legal, sus decisiones se toman ineficaces.”

En ese sentido, el profesor Rafael Bernal, explica que respecto de las funciones de la asamblea general de accionistas contenidas en el artículo 420 del Código de Comercio, llaman “la atención las contenidas en los numerales 6° y 7°, ambos concatenados para señalar en cabeza de la Asamblea lo que anteriormente llamé cláusula de competencia residual, la que de por sí hace inútiles una serie de disposiciones del Código que reiteran la competencia de la Asamblea para una larga serie de eventos cubiertos por tales disposiciones sin necesidad de referencia expresa”. Así mismo, destaca que “la designación del representante legal, según dispone el referido artículo 440, se hará por la Junta directiva, salvo que, estatutariamente se delegue esta función en la Asamblea General de Accionistas”. Rafael Bernal Gutiérrez, *La Sociedad Anónima en Colombia*, 1ª edición (1980, Bogotá, Editorial Legis), págs. 196 y 243.

Igualmente, el profesor Jorge Hernán Gil, señala que “en una organización empresarial cada órgano asume competencias propias y privadas según disposiciones estatutarias y conforme a los estrictos parámetros legales; todo lo anterior, sin olvidar que existen funciones privativas o exclusivas que no pueden trasladarse de un órgano a otro”. Jorge Hernán Gil, *Impugnación de decisiones societarias*, 1ª edición (2010, Bogotá, Editorial Legis), pág. 48.

Por último, el profesor Néstor Humberto Martínez, considera que “la circunstancia que la asamblea esté conformada por los propios asociados no la habilita para adoptar toda suerte de determinaciones, al amparo del aforismo popular conforme al cual “el que puede lo más, puede lo menos”; es decir, ella no está facultada para usurpar competencia”. Néstor Humberto Martínez Neira, *Cátedra de Derecho Contractual Societario*, 2ª edición (2014, Bogotá, Editorial Legis), págs. 286 y 287.

433 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 420 numeral 5 ibídem, y demás normas señaladas (...), la cual puede ser reconocida de oficio por esta Superintendencia.

“Ahora bien, en la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de la sociedad **ZORCOX S.A.**, celebrada el (...), dicho órgano resolvió designar al señor **ESTEBAN** como representante legal y al señor **BLAS** como su suplente, siendo una decisión que se adoptó en contravía de los estatutos sociales y del artículo 440 del Código de Comercio, pues la asamblea general de accionistas no tenía asignada esa función.

“Por lo tanto, la designación del representante legal y de su suplente está viciada de ineficacia, toda vez que fue realizada por la asamblea general de accionistas y no, por la junta directiva, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 420, 433 y 440 del Código de Comercio.

2. Ineficacia por indebida convocatoria

“La convocatoria de la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de la sociedad **ZORCOX S.A.** celebrada (...) fue citada por el señor **CESAR**, invocando la condición de representante legal de la sociedad.

“Dicha convocatoria se encuentra viciada de ineficacia, pues la designación del señor **CESAR** como representante legal de la sociedad, fue realizada por unos miembros de la junta directiva cuya designación fue ineficaz, lo que en consecuencia genera que sus decisiones resulten ser inexistentes, entre ellas el nombramiento del señor **CESAR**, quien en consecuencia no era realmente representante legal de la sociedad y por lo tanto no podía convocar válidamente a reuniones a la asamblea general de accionistas.

“En efecto, respecto de la reunión en la que fueron designados dichos miembros de la junta directiva, se reconoció la ocurrencia de los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia en la Resolución n° 300- (...) de esta Entidad, que se encuentra ejecutoriada.

“Así las cosas, al estar indebidamente convocada la reunión, las decisiones adoptadas en la misma adolecen claramente de ineficacia, de conformidad con los artículos 181, 186 y 190 del Código de Comercio.

3. Ineficacia por falta de quórum

“Al margen de las consideraciones expuestas, para esta Superintendencia no es posible afirmar que los accionistas que participaron en la reunión sean

quienes “representan el 94% del capital” de la sociedad como se afirma en el acta, por cuanto, si se tiene en cuenta lo mencionado en la Resolución (...) de 201x proferida por [otro organismo del Estado con funciones de vigilancia sobre la actividad de la sociedad **ZORCOX S.A.**], consistente en que “existen (...) accionistas”, probablemente, se deliberó y se adoptaron decisiones sin el quórum requerido, situación que viciaría de ineficacia la actuación de conformidad con los artículos 181, 186 y 190 del Código de Comercio.

DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

“Que de acuerdo a los argumentos expuestos, queda demostrado que las decisiones adoptadas en la reunión de Asamblea General de Accionistas celebrada el (...) de la sociedad **ZORCOX S.A.**, en la que se aceptó la renuncia del representante legal y posteriormente se efectuó la designación del señor **ESTEBAN** como representante legal y al señor **BLAS** como su suplente, adolece de ineficacia por cuanto no dieron cumplimiento a lo previsto en los artículos 181,186, 423 y 424 del Código de Comercio y los estatutos sociales.

“En consecuencia, teniendo como fundamento las consideraciones contenidas en la parte motiva de esta providencia y de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1º del artículo 87 de la ley 222 de 1995, en concordancia con el artículo 897 del Código de Comercio, el Superintendente Delegado para Inspección Vigilancia y Control, procede a reconocer la ocurrencia de los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia.

CONCLUSIONES:

La doctrina y la jurisprudencia han reiterado que existe una prohibición para la asamblea general de accionistas de adoptar decisiones o ejercer funciones que le han sido asignadas a otro órgano, por ejemplo, a la junta directiva. Las decisiones adoptadas en contravención a la mencionada prohibición se encuentran viciadas de ineficacia.

Así mismo, la convocatoria a la asamblea de accionistas se debe efectuar por los representantes legales cuya designación no se encuentre viciada de ineficacia, so pena de que sus decisiones resulten ser inexistentes.

Las decisiones adoptadas por la asamblea deben contar con el quórum requerido, de lo contrario las mismas estarían viciadas de ineficacia de conformidad con los artículos 181, 186 y 190 del Código de Comercio.

EL DEBER DE OBRAR DE BUENA FE

Un grupo de accionistas de la sociedad **TABIX S.A.** presentó queja ante la Superintendencia de Sociedades frente a la dación en pago de unos inmuebles de la sociedad, a favor del accionista mayoritario y miembro principal de junta directiva señor **BRUNO**, por un valor significativamente inferior al que figuraba en los estados financieros, en perjuicio de los demás accionistas de la sociedad. La señora **FRIDA**, miembro de la junta directiva de la sociedad **TABIX S.A.**, argumenta que esta operación fue aprobada por la junta directiva debido a la difícil situación financiera de la sociedad, y como estrategia para blindar los activos se hizo la dación en pago a favor del señor **BRUNO**, a quien la sociedad le adeudaba dinero, con el compromiso que una vez superada la crisis los terrenos serían devueltos a la sociedad.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

1. Respecto al deber de obrar la buena fe

“En la formulación del cargo a la señora **FRIDA**, se señaló específicamente como norma infringida con su supuesta conducta, el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, vulnerado los deberes de los administradores allí previstos, entre otras razones, porque el negocio de dación en pago fue realizado con el fin de burlar a los acreedores.

“Sobre este asunto considera de especial importancia este Despacho, pronunciarse en los siguientes términos:

“En verdad, el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, consagra como uno de los deberes de los administradores de una sociedad, el de obrar de buena fe. Dada la ausencia de definición legal de la buena fe, ha sido la jurisprudencia la que ha entrado a definirlo, sin dejar de lado que este concepto envuelve un claro contenido ético.

“En este sentido se pronunció la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en el año de 1958³², reiterada en agosto de 2001³³, al señalar:

³² 1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea. Bogotá, 23 de junio de 1958.

³³ 2 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Bogotá D.C., 2 de agosto de 2001. Ref: Expediente No. 6146.

“... La expresión “buena fe” (bona fides) indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el derecho se desdobra en dos direcciones: primeramente, cada persona tiene el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del decoro social; en segundo término cada cual tiene el derecho de esperar de los demás esa misma lealtad. Trátese de una lealtad (o buena fe) activa, si consideramos la manera de obrar con los demás, y de una lealtad pasiva, si consideramos el derecho que cada cual tiene de confiar en que los demás obren con nosotros decorosamente...”

(...)

“Los usos sociales y las buenas costumbres que imperan en una sociedad son las piedras de toque que sirven para apreciar en cada caso concreto la buena fe, su alcance y la ausencia de ella. La buena fe no hace referencia a la ignorancia o a la inexperiencia, sino a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, reserva mental, astucia o viveza, en fin, de una conducta lesiva de la buena costumbre que impera en una colectividad.

“Así, pues, la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud, con honestidad. Este concepto de la buena fe será mejor comprendido si lo comparamos con el concepto opuesto, o sea, el de la mala fe. En general, obra de mala fe quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud; vale decir, si se pretende conseguir algo no autorizado por la buena costumbre. Desde luego, toda persona trata de obtener ventajas en sus transacciones. Pero quien pretende obtener tales ventajas obrando en sentido contrario a la buena costumbre, actúa de mala fe. El hombre de buena fe trata de obtener ventajas, pero éstas se encuentran autorizadas por la buena costumbre” (subrayados fuera de texto).

“Por supuesto, la doctrina también ha contribuido a definir este concepto. Así, refiriéndose específicamente al deber de obrar de buena fe de los administradores de sociedad, el profesor Reyes Villamizar señala:

“El deber de buena fe, señalado con amplitud en la mencionada ley, no es sino la consagración del conocido principio fundamental del derecho privado. De esta máxima de conducta parten, naturalmente, todos los demás deberes que asume el administrador de las sociedades. La observancia irrestricta de él no implica tan sólo la actuación diligente o libre de culpa, sino también la actitud leal en el desempeño de sus funciones. Con razón afirma Ospina Fernández, éstos deben cumplirse ‘con entera lealtad, con intención recta y positiva, para que así pueda realizarse cabal y satisfactoriamente la finalidad social y privada a que

obedece su celebración”³⁴ (subrayados fuera de texto). Nótese en esta definición, como la actuación diligente de un administrador no puede surtir a costa de sacrificar la actitud leal.

“En la Circular Externa 100-000005 de 2015 esta Superintendencia conceptuó sobre este mismo asunto que la buena fe: *“Es un principio de derecho que presume que las actuaciones de las personas son legítimas, exentas de fraude o cualquier otro vicio, es decir, que los administradores deben obrar satisfaciendo totalmente las exigencias de la actividad de la sociedad y de los negocios que esta celebre y no solamente los aspectos formales que dicha actividad demande. Se entiende como el obrar con la conciencia recta, con honradez y lealtad”*.”

“Encuentra también oportuno señalar este Despacho que la Corte Constitucional ha señalado inequívocamente que en las relaciones entre particulares, como las que serían las que se dan entre el administrador de una sociedad y sus acreedores, debe observarse la buena fe.

“Es así como en la sentencia C-527 de 2013, la Corte Constitucional señaló:

“La Corte ha indicado que el principio de la buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. Por ello ha sido concebido como una exigencia de honestidad, rectitud y credibilidad a la cual se encuentra sometido el actuar de las autoridades públicas y de los particulares, bajo una doble connotación, ya sea a través de las actuaciones que surgen entre la Administración y los particulares, o de estos últimos entre sí” (subrayados fuera de texto).³⁵

“En el mismo sentido, en la sentencia C-1194 de 2008, la Corte Constitucional señaló:

“La jurisprudencia constitucional ha definido el principio de buena fe como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona correcta (vir bonus)”. Así la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la *“confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada. (...)*

“La Corte ha señalado que la buena fe es un principio que de conformidad con el artículo 83 de la Carta Política se presume y conforme con este (i) las

³⁴ Reyes Villamizar, Francisco. Derecho Societario, Tomo I, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2ª edición, 2011, p. 587.

³⁵ Expediente D-9485, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio, 14 de agosto de 2013.

actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben estar gobernadas por el principio de buena fe y; (ii) ella se presume en las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, es decir en las relaciones jurídico administrativas, pero dicha presunción solamente se desvirtúa con los mecanismos consagrados por el ordenamiento jurídico vigente, luego es simplemente legal y por tanto admite prueba en contrario. (...)

“La Corte Constitucional ha considerado que en tanto la buena fe ha pasado de ser un principio general de derecho para transformarse en un postulado constitucional, su aplicación y proyección ha adquirido nuevas implicaciones, en cuanto a su función integradora del ordenamiento y reguladora de las relaciones entre los particulares y entre estos y el Estado, y en tanto postulado constitucional, irradia las relaciones jurídicas entre particulares, y por ello la ley también pueda establecer, en casos específicos, esta presunción en las relaciones que entre ellos se desarrollen.”³⁶

"Así las cosas, encuentra este Despacho que en el presente caso se encuentra ampliamente probada una grave vulneración del deber de obrar buena fe por parte de la señora **FRIDA**, merecedora sin duda de sanción, como la que impuso la Intendencia Regional de (...), por las siguientes razones:

- “Es evidente que la dación en pago del inmueble fue un acto celebrado con el reprochable fin de ocultar o distraer el bien, es decir, defraudar a los acreedores, para que estos no pudieran embargarlo y así obligarlos a conciliar sus deudas.³⁷ Se trató sin duda de un acto deshonesto y desleal, que no corresponde al obrar que quien procede con rectitud de conciencia.
- “La mala intención, contraria al deber de obrar de buena fe, se encuentra probada, reiteradamente, en los documentos y pruebas que señala la Intendencia Regional en la resolución recurrida. Sin perjuicio de lo anterior, este Despacho encuentra oportuno referirse a los siguientes documentos que a su juicio reflejan inequívocamente la situación:

“- Apartes del acta No. 201 correspondiente a la reunión de la Junta Directiva de la sociedad **TABIX S.A.**, del (...), a la cual asistió la señora **FRIDA** (en las

³⁶ Expediente D-7379, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil, 3 de diciembre de 2008.

³⁷ En la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 30 de julio de 2008, expediente 41001-3103-004-1998-00363-01, Magistrado Ponente: Dr. William Namén Vargas, se define claramente la simulación, sus efectos (entre las partes y frente a terceros) y la forma de probarla. En este sentido, para este despacho es absolutamente evidente que existió un acto jurídico simulado, pero también le es claro **que no le corresponde “declarar” la existencia de la simulación**. Así las cosas, la sanción no se impuso por simular un acto, sino por vulnerar, entre otros, el deber de buena fe que le corresponde a un administrador social, en este caso al realizar, confesamente, un acto, real o simulado (su naturaleza es indiferente) dirigido exclusivamente a ocultar y distraer el bien, es decir, defraudar a los acreedores, para que estos no pudieran embargarlo y así obligarlos a conciliar sus deudas.

notas al pie se encuentra la valoración que este despacho efectúa sobre lo allí consignado):

“7.- PROPOSICIONES Y VARIOS

*De nuevo Don **BRUNO** una vez analizada la situación Financiera de la empresa la cual es preocupante Don **BRUNO** dice que se debe crear un PLAN DE CONTINGENCIA y por lo tanto propone:*

- 1. Blindar los activos de la compañía.*
- 2. Hacer Dación de pago a **BRUNO** de los bienes raíces de la compañía de las Cra. (...) según último englobe como pago de los valores adeudados por la **TABIX S.A.** por la suma de (...).” (...)³⁸*

- Apartes del acta No. 0063 correspondiente a la reunión extraordinaria de la Asamblea General de Accionistas de la sociedad **TABIX S.A.** del (...), a la cual también asistió la señora **FRIDA** (en las notas al pie se encuentra la valoración que este despacho efectúa sobre lo allí consignado):

“Se le dio una explicación a la Honorable Asamblea de como (SIC) se registro (SIC) la dación en pago el cual se detalla es esta Acta. (...)

“Una vez se realice el saneamiento de los pasivos de la Institución se realizará el reintegro del predio y por ende se reversará la cuenta por cobrar al accionista”.³⁹

“De las explicaciones rendidas por el apoderado de la señora **FRIDA**, se desprende claramente la existencia de la intención de evitar que los bienes fueren embargados por los acreedores. El hecho de que supuestamente este ocultamiento o distracción de bienes finalmente se haya traducido en un beneficio para la sociedad, al evitar su entrada en una situación de cesación de pagos o en una causal de liquidación, y que supuestamente haya beneficiado a los acreedores (resulta a todas luces descarado y contradictorio señalar que al ocultar un bien para evitar su embargo y forzar a un acreedor a conciliar, seguramente sacrificando parte de sus intereses económicos, se le haya beneficiado), en nada justifica la grave y grosera vulneración que se hizo del deber de buena fe, por lo

³⁸ En este sentido, “blindar los activos” no fue otra cosa que, como lo señala el mismo recurrente en los apartes que más adelante se señalarán de sus descargos y el recurso, trasladar “temporalmente” su propiedad al tercero (**Bruno**) como una práctica de mala fe para impedir a los acreedores ejercer su legítimo derecho a satisfacer sus créditos, practicar medidas cautelares, etc., sobre los bienes del deudor, esto es, la **TABIX S.A.**

³⁹ Este aparte del acta pone claramente en evidencia que la transferencia de la propiedad del inmueble era solamente temporal, con el único fin impedir a los acreedores ejercer su legítimo derecho a satisfacer sus créditos, practicar medidas cautelares, etc., sobre los bienes del deudor, esto es, la **TABIX. S.A.**

cual no están ética ni legalmente llamados a prosperar los argumentos que en tal sentido formula el apoderado de la recurrente.

“En efecto, se reitera y se concluye que existió y se comprobó que la Junta Directiva de la sociedad **TABIX S.A.**, con el voto favorable de la señora **FRIDA**, aprobó realizar un acto jurídico para ocultar bienes de los acreedores sociales, mediante la transferencia de un inmueble producto de un englobe, temporalmente, por un precio irrisorio, al señor **BRUNO**, conducta constitutiva de una grave vulneración a los deberes de obrar de buena fe y de lealtad que le correspondían a la señora **FRIDA**, de conformidad con el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, circunstancia que por sí sola es suficiente para confirmar la multa impuesta.

“Ciertamente sería inadmisibles, como pretende la recurrente, que esta Superintendencia consienta y aplauda tal proceder deshonesto, dirigido a defraudar a los acreedores, siendo lo legalmente correcto, como en efecto se hizo, que se sancione.

“Así las cosas, es evidente que no existió una indebida apreciación de las pruebas por parte de la Intendencia Regional, ni una vulneración a los principios de igualdad, imparcialidad, eficacia o moralidad, ni que el acto recurrido está indebidamente o falsamente motivado.

“En verdad, todos los alegatos del recurrente apuntan a que se le exonere de responsabilidad por que la sociedad supuestamente se benefició del acto, argumentación que desconoce que nuestro derecho no permite que de un acto manifiestamente deshonesto, desleal y contrario a la rectitud de la conciencia, deje de serlo por el sólo hecho de sus resultados. Más bien, por el contrario, el recurrente en sus escritos ha confesado que los supuestos beneficios obtenidos por la sociedad lo habrían sido a costa de los acreedores, quienes se vieron obligados a sacrificar el legítimo cobro de intereses y la práctica de medidas cautelares sobre los bienes de la **TABIX S.A.**

2. Sobre el recurso, las conductas objeto del cargo y la sanción

“Mediante Resolución No. (...), esta Superintendencia formuló cargos a la señora **FRIDA**, en su condición de miembro principal de junta directiva de la sociedad **TABIX S.A.**, al establecerse en el punto (...) de los considerandos de esta providencia, que existió una dación en pago a favor del accionista mayoritario y miembro principal de junta directiva señor **BRUNO**, aprobada de manera unánime por todos los miembros de este cuerpo colegiado; no obstante que la operación menoscababa el patrimonio de la sociedad, pues la dación en pago se hizo por un valor significativamente inferior al valor real o comercial del inmueble.

“Del análisis al escrito que se resuelve, se observa que el doctor **EMILIO**, [apoderado de la señora **FRIDA**] centra principalmente su defensa, en el hecho que la dación en pago del inmueble englobado con la matrícula inmobiliaria No. (...), aprobada de manera unánime por los miembros de Junta Directiva a favor del accionista, señor **BRUNO**, obedeció a una “*estrategia*” que tenía como objetivo principal superar la crisis, al desmotivar a los acreedores a presentar demandas y obligarlos a conciliar. Que dicha decisión se tomó al seno de la Junta Directiva y que fue comunicada a todos los accionistas en reunión celebrada el (...).

“Para el Despacho es notorio el hecho que de la revisión a los escritos radicados bajo los números (...), mediante el cual la señora **FRIDA**, presentó los descargos que consideró pertinentes, y (...), que corresponde al recurso que se resuelve, no hicieron debate alguno sobre el valor o cuantía por la que fue realizada la dación en pago, y que motivó precisamente a que esta Superintendencia entrara a calificar la actuación de los miembros de junta directiva.

“En efecto, la dación en pago del activo de la sociedad representado en los terrenos, englobados con la matrícula inmobiliaria No. (...), a favor del señor **BRUNO**, ni siquiera se hizo a valores históricos, como se refleja en las siguientes cifras:

“Según los registros contables, para la fecha de la transacción, esto es el (...), el inmueble figuraba por la suma de (...) más los ajustes por inflación por (...), más la valorización por (...), para un total de (...); mientras que el valor de la dación en pago aprobada en junta directiva, tan solo fue por (...); situación que a simple vista, lleva a concluir que existió una operación irreal, al presentarse una diferencia de más de mil millones de pesos entre lo registrado en contabilidad y el valor transado.

“De igual manera se pudo establecer que el (...), es decir, pasados algo más de cuatro meses respecto a la fecha en que se realizó la dación en pago (escritura pública No. ...), se autorizó la realización de un avalúo sobre el inmueble en cuestión, el cual arrojó un valor total de (...); cifra ésta que viene a corroborar la diferencia sustancial entre el valor real del activo y el valor de la operación de dación en pago, que como ya se dijo, fue tan solo por (...).

“Si bien es cierto que los miembros de junta directiva actuaron de acuerdo a las facultades concedidas en los estatutos sociales, no se puede perder de vista que en razón a la importante labor que desempeñan como administradores, debieron en desarrollo de sus funciones, velar por el cumplimiento de los deberes consagrados en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, que a tenor reza:

“Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.

En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

(...)

2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias:”

“En concordancia con lo expuesto en el artículo 23 de la ley ídem, la Superintendencia de Sociedades promulgó la Circular 100-000005 de 2015, referente al Régimen de Administradores, e impuso a los administradores observar una diligencia superior, en razón a la gestión que desarrollan como gestores de negocios, plasmando algunos principios que deben orientar la conducta por ellos desplegada, y que para el caso se citan:

“2. Principios y deberes que orientan la conducta de los administradores.
El artículo 23 de la Ley 222 de 1995 hace imperativo para los administradores obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios.

De acuerdo con lo anterior, los siguientes son los principios y deberes que deben orientar la conducta de los administradores:

A. Buena fe:

Es un principio de derecho que presume que las actuaciones de las personas son legítimas, exentas de fraude o cualquier otro vicio, es decir, que los administradores deben obrar satisfaciendo totalmente las exigencias de la actividad de la sociedad y de los negocios que esta celebre y no solamente los aspectos formales que dicha actividad demande. Se entiende como el obrar con la conciencia recta, con honradez y lealtad.

B. Lealtad:

Es el actuar recto y positivo que le permite al administrador realizar cabal y satisfactoriamente el objeto social de la empresa, evitando que en situaciones en las que se presenta un conflicto de intereses, dicho administrador se beneficie injustamente a expensas de la compañía o de sus socios. Al respecto el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, reitera el deber de lealtad y expresa que las actuaciones de los administradores deben adelantarse en interés de la sociedad, y de los asociados, de manera que resulta claro que si los intereses de los asociados se apartan de los fines de la sociedad, deben prevalecer los intereses de esta última.

C. Diligencia de un buen hombre de negocios:

*Hace relación a que las actuaciones de los administradores deben ejecutarse con la diligencia que tendría un profesional, un comerciante sobre sus propios asuntos, de manera que su actividad siempre debe ser oportuna y cuidadosa, **verificando que la misma esté ajustada a la ley y los estatutos**, lo que supone un mayor esfuerzo y una más alta exigencia para los administradores en la conducción de la empresa. (Negrillas fuera del texto original)*

La diligencia del buen hombre de negocios, lleva implícitos deberes como el de informarse suficientemente antes de tomar decisiones, para lo cual el administrador debe asesorarse y adelantar las indagaciones necesarias, el de discutir sus decisiones especialmente en los órganos de administración colegiada, y, por supuesto, el deber de vigilancia respecto al desarrollo y cumplimiento de las directrices y decisiones adoptadas.”

“Al aprobar la dación en pago por un valor significativamente inferior al valor comercial o de mercado, la señora **FRIDA**, en su condición de miembro principal de junta directiva, no tuvo el cuidado, la lealtad, la prudencia de un buen hombre de negocios, pues al aprobar la estrategia expuesta por el accionista y miembro de junta directiva, señor **BRUNO**, no estimó, no analizó, ni tuvo en cuenta que al retirarse el inmueble por debajo del precio real, se estaba desmejorando el patrimonio de la sociedad, se estaba atentando contra la prenda general de los acreedores, se estaba desmejorando el valor patrimonial de los accionistas minoritarios, y de hecho se estaba poniendo en riesgo a la compañía frente a posibles demandas, como justamente ocurre con la investigación solicitada por un grupo de accionistas minoritarios, que vieron vulnerados sus derechos.

“Si bien es cierto que el recurrente trata de hacer notar en su escrito que la estrategia se hizo con el fin de desmotivar a los acreedores, a que presentaran demandas en contra de la sociedad, obligándolos a conciliar y que devolvería el inmueble de manera posterior, una vez superada la crisis por la que atravesaba la sociedad, el Despacho luego de analizar los argumentos expuestos, no encuentra asidero en los mismos, toda vez que así la estrategia hubiese cumplido aparentemente sus fines, cuales eran superar la crisis financiera por la que atravesaba la sociedad, al final la operación benefició directamente al señor **BRUNO**, quien terminó garantizándose sus propias acreencias, por delante de los demás acreedores, y obteniendo un activo en condiciones ampliamente favorables a sus intereses personales.

“El hecho que sancionó esta Entidad, es justamente la aprobación de la dación de pago del bien principal de la **TABIX S.A.**, a un precio irreal, poniendo en riesgo la prenda general de los acreedores, como ya quedo plenamente demostrado, donde los miembros de junta directiva aceptaron de manera unánime la estrategia

planteada por el señor **BRUNO**, en la reunión surtida el (...), que da cuenta el acta No. (...), contrariando con ello los deberes que la ley les adscribe, entre ellos el obrar de buena fe, con la lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios.

“Justamente en las pruebas recaudadas en la diligencia de visita, ésta Superintendencia observó que en el acta de junta directiva No. (...), el accionista **BRUNO**, respecto a la devolución del inmueble entregado en dación en pago, exteriorizó:

“(…)

*El señor **BRUNO** manifiesta a la junta que no se puede hacer la devolución de los lotes de la clínica bajo las mismas condiciones que el los recibió, porque se generarían cantidad de demandas y podría generar el cierre total de la Institución, que se deben devolver escogiendo la figura jurídica de mayor conveniencia para todos, de acuerdo al estudio jurídico y aprobación de los accionistas.”*

“De lo expuesto por el señor **BRUNO** en el acta de junta directiva en cita, se aprecia la dificultad existente para realizar la devolución del inmueble, situación que no fue prevista por los miembros de junta directiva, al aprobar la dación en pago, entre otros por la señora **FRIDA**, faltando con ello a los deberes adscritos a los administradores.

“Y, en relación con los administradores, dada la importante labor que desempeñan, por los inmensos poderes que hoy en día detentan, consideró necesario el legislador someterlos a un estricto código de conducta, para lo cual se precisó el marco general de sus actividades, sus funciones y responsabilidad, estableciendo además, normas que agilizaran y facilitarían las consecuentes acciones para el establecimiento de dicha responsabilidad. Así lo recordó el legislador durante el trámite legislativo de la Ley 222 de 1995...”

(…)

En efecto, según el artículo 333 de la Constitución, la empresa como base del desarrollo tiene una función social que implica obligaciones, y por lo tanto la actuación de sus administradores tiene profundas implicaciones y repercusiones en el orden social. En efecto, la importante labor que desempeñan los administradores y los inmensos poderes que hoy en día detentan, llevó al legislador a precisar sus funciones así como su responsabilidad, estableciendo las normas respectivas que facilitarían y agilizarían su establecimiento.”⁴⁰

⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-123 del 22 de febrero de 2006, M.P. Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ.

“De otra parte, es preciso manifestarle al recurrente que a la Superintendencia de Sociedades le corresponde ejercer supervisión sobre las sociedades comerciales, velar porque los administradores en sus actuaciones se ajusten a la ley y los estatutos sociales, valorar la conducta de los administradores y en cuanto a la culpa o dolo en las actuaciones y el reconocimiento de posibles perjuicios, dicho acto corresponde a la justicia ordinaria.

“En relación al ejercicio de la facultad sancionatoria asignada por el legislador en el artículo 86 de la Ley 222 de 1995, basta que la Entidad advierta y verifique los actos o gestiones contrarios a la ley o a los estatutos para proceder a fijar la sanción, sin hacer juicios de responsabilidad, ni determinar la culpa o dolo en la conducta del administrador sancionado, pues lo que corresponde a esta Entidad es estar atenta porque los administradores en el ejercicio del cargo para el cual fueron designados, cumplan con los deberes contemplados de manera general en el citado artículo 23 de la ley ídem, precisamente porque a ellos corresponde, “*Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias*” (Núm. 2º Ibídem).

“Al prestarse la señora **FRIDA**, en su condición de miembro principal de la junta directiva de la **TABIX S.A.**, a aprobar la dación en pago a favor del accionista **BRUNO**, violó flagrantemente los deberes de los administradores consagrados en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, pues la maniobra jurídica que han tratado de hacerla ver como una “*estrategia*”, resultó siendo un acto que a todas luces ocultó el verdadero propósito, pues justamente tal proceder terminó beneficiando al mencionado accionista, quien recibió el activo a un precio irrisorio, además que garantizó sus propias acreencias, en desmedro de los demás acreedores y de los accionistas minoritarios. Bien lo señala en su escrito el recurrente, cuando acepta que se trató de una estrategia encaminada a presentar una información contraria a la realidad, lo que generó de contera un engaño a todos los terceros interesados.

“Precisamente, “*la diligencia de un buen hombre de negocios, hace relación a que las actuaciones de los administradores deben ejecutarse con la diligencia que tendría un profesional, un comerciante sobre sus propios asuntos, de manera que su actividad siempre debe ser oportuna y cuidadosa, verificando que la misma esté ajustada a la ley y los estatutos, lo que supone un mayor esfuerzo y una más alta exigencia para los administradores en la conducción de la empresa...*”⁴¹

“En síntesis, el Despacho al analizar los argumentos presentados por la señora **FRIDA** en su calidad de miembro de junta directiva de la sociedad **TABIX S.A.**, establece que con su proceder faltó a los principios que gobiernan las actuaciones de quienes se desempeñan como administradores, esto es, la buena

⁴¹ SUPERSOCIEDADES. Circular Externa No. 100-000003 del 22/07/2015, Capítulo V, Numeral 2, Literal C

fe, la lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios, por cuanto las decisiones adoptadas al interior de este órgano colegiado, estuvieron encaminadas a favorecer al señor **BRUNO**, en su calidad de accionista mayoritario, miembro de junta directiva y acreedor, y no estuvieron encauzadas a favorecer a la sociedad; conducta que se ve reflejada con el voto afirmativo que la señora **FRIDA** impartió al negocio de la dación en pago, que como ya se vio, el mismo no estuvo ajustado al valor real, desconociendo de paso que el máximo órgano social debía conocer y aprobar tal determinación, que desde luego, siempre debe ir orientada a que el acto no perjudique los intereses de la sociedad (art. 23, numeral 7°).

“De otra parte, en relación con la manifestación hecha por el apoderado de la recurrente en el sentido de que “ningún acreedor se ha quejado o presentado denuncia o querrela alguna por fraude o alzamiento de bienes en contra de los administradores de la sociedad (...)”, este Despacho debe hacer las siguientes precisiones.

“En primer lugar, el reproche efectuado a la conducta de la señora **FRIDA** en la presente actuación, responde a la violación de los deberes que le han sido impuestos por normas de carácter general y público. En verdad, el reproche aludido no deviene en este caso, del daño que directa o indirectamente hubiera causado a los acreedores, a los accionistas ni a otras partes interesadas, sino que la conducta sancionada se sustenta en la violación de las obligaciones y deberes que ha definido el legislador en aras de salvaguardar al interior de las sociedades comerciales la integridad necesaria para la preservación del orden público económico. En este contexto, para calificar el incumplimiento evidenciado a los deberes que por ley tenía la señora **FRIDA**, poco o nada importa que los eventuales afectados hayan denunciado su conducta o manifestado su inconformidad con la misma, pues lo que es claro para este Despacho es que, por admisión misma de la recurrente, incurrió en las conductas que este Despacho considera lesivas a la lealtad y rectitud que debieron dirigir su actuar como administrativa. Lo mismo ocurre respecto de la afirmación de que “no existe un proceso jurídico en el cual se haya dictado una sentencia en que se decrete la nulidad del negocio de dación en pago por simulación del acto (...)”, pues se reitera, la conducta censurada corresponde a la actuación desleal e ilegítima de la administradora en calidad de tal, más no se reprocha la celebración en sí de una operación simulada.

“Por último, al pretender ahora subsanar tal irregularidad con la decisión del señor **BRUNO**, de devolver el bien al patrimonio social (Escritura Pública ...) no lo exime de la responsabilidad que se derivó de los actos malintencionados de este administrador, como ha quedado demostrado en los considerandos de esta providencia, encontrando el Despacho que las decisiones adoptadas por los órganos de decisión y de administración, como lo son la asamblea de accionistas y la junta directiva, donde puso de manifiesto la intención de retrotraer el negocio

jurídico ya mencionado, y que de hecho se surtió con la prenombrada escritura pública, en nada cambia la posición adoptada por este Despacho; todo lo contrario, al devolver el bien, resulta una aceptación tácita de que la operación no estuvo acorde a la ley, y por ende, su actuar como administrador no fue legítimo en su momento.

CONCLUSIONES:

Quienes ostentan la calidad de administradores, entre ellos los miembros de junta directiva, deben acatar los deberes que la ley les ha señalado, teniendo el cuidado que sus actuaciones se cumplan en interés de la sociedad y de sus asociados, en atención a los principios y deberes que orientan su conducta, es decir obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios (artículo 23 de la Ley 222 de 1995).

El reproche efectuado a la conducta los administradores por la Superintendencia, responde a la violación de los deberes que les han sido impuestos por normas de carácter general y público. No deviene del daño que directa o indirectamente hubiera causado a los acreedores, a los accionistas ni a otras partes interesadas, sino que la conducta sancionada se sustenta en la violación de las obligaciones y deberes que ha definido el legislador en aras de salvaguardar al interior de las sociedades comerciales la integridad necesaria para la preservación del orden público económico.

SITUACIÓN DE CONTROL

Para los dos casos que se presentan a continuación, en los actos administrativos correspondientes se analizan las siguientes normas:

NORMATIVA APLICABLE:

1. Respetto de la subordinación

“Artículo 260 del Código de Comercio, modificado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995

"Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria".

2. Respetto de las presunciones de subordinación

“Artículo 261 del Código de Comercio, modificado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995

"Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

- 1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.*
- 2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.*
- 3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.*

Parágrafo 1. *Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o*

configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

Parágrafo 2. *Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior"*

3. Respecto de la obligatoriedad de inscripción en el registro mercantil Artículo 30 de la Ley 222 de 1995

"Cuando de conformidad con lo previsto en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, se configure una situación de control, la sociedad controlante lo hará constar en documento privado que deberá contener el nombre, domicilio, nacionalidad y actividad de los vinculados, así como el presupuesto que da lugar a la situación de control. Dicho documento deberá presentarse para su inscripción en el registro mercantil correspondiente a la circunscripción de cada uno de los vinculados, dentro de los treinta días siguientes a la configuración de la situación de control.

Si vencido el plazo a que se refiere el inciso anterior, no se hubiere efectuado la inscripción a que alude este artículo, la Superintendencia de Sociedades, o en su caso la de Valores o Bancaria, de oficio o a solicitud de cualquier interesado, declarará la situación de vinculación y ordenará la inscripción en el Registro Mercantil, sin perjuicio de la imposición de las multas a que haya lugar por dicha omisión.

En los casos en que se den los supuestos para que exista grupo empresarial se aplicará la presente disposición. No obstante, cumplido el requisito de inscripción de/ grupo empresarial en el registro mercantil, no será necesaria la inscripción de la situación de control entre las sociedades que lo conforman.

Parágrafo 1. *Las Cámaras de Comercio estarán obligadas a hacer constar en el certificado de existencia y representación legal la calidad de matriz o subordinada que tenga la sociedad así como su vinculación a un grupo empresarial, de acuerdo con los criterios previstos en la presente ley.*

Parágrafo 2. *Toda modificación de la situación de control o de/ grupo, se inscribirá en el Registro Mercantil. Cuando dicho requisito se omita, la entidad estatal que ejerza la inspección, vigilancia o control de cualquiera de las vinculadas podrá en los términos señalados en este artículo, ordenar la inscripción correspondiente".*

1. CONTROL INDIRECTO Y CONJUNTO DE PERSONAS NATURALES

La Superintendencia de Sociedades declaró a los señores **URIEL** y **OMAR** como controlantes de **EUTROX S.A.S.** en Liquidación Judicial, en los términos establecidos en el artículo 260 y 261 del Código de Comercio, e impuso una multa a dichos señores por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995 (inscripción de la situación de control en el registro mercantil). Los citados señores argumentan, entre otros aspectos, que la participación simultánea de varias personas en el capital de una sociedad no presupone control conjunto, así como tampoco lo hace el hecho que estas personas hagan parte de los órganos de administración y dirección de la sociedad.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

A continuación serán analizados los argumentos expuestos por **URIEL** y **OMAR** en sus recursos de reposición contra la Resolución de Declaratoria y Multa No. (125-...), relacionados con el control indirecto y conjunto de personas naturales:

1. Recurso interpuesto por **URIEL**

1.1 Argumentos relacionados con que no está demostrado el control conjunto

“**URIEL** señaló que no se encuentra demostrado que actuaba de forma conjunta con **OMAR**, pero pasa por alto el extenso material probatorio obrante en el expediente que da cuenta de las actuaciones regulares que manifiestan la voluntad conjunta y mancomunada de ambos investigados, mediante las cuales ejercían control conjunto sobre **VALDEX B.V.**, sociedad que a su vez controlaba a **EUTROX S.A.S.** a través de **FARIDEX B.V.**”

“Entre las pruebas encontradas pueden citarse varias que demuestran que **URIEL** y **OMAR** tenían un papel fundamental dentro de **VALDEX B.V.** que ejercieron regularmente y de manera conjunta, lo cual evidencia sin que haya lugar a dudas el control que ejercían sobre dicha sociedad, se repite, de manera conjunta. En efecto, bajo su arbitrio se encontraban decisiones vitales tales como como nombrar y remover a los miembros de la Junta Directiva, a los directores del Consejo de Vigilancia, aprobar los estados financieros, modificar los estatutos, e incluso la facultad de disolver la sociedad.

“Tal y como se expuso en detalle en la resolución impugnada, ejemplos de las pruebas que demuestran el actuar conjunto de **URIEL** y **OMAR** respecto de las decisiones trascendentales de **VALDEX B.V.**, son los poderes que le otorgaron a **MERLINX B.V.** para votar en nombre de ellos de manera idéntica en la Asamblea Anual de **VALDEX B.V.** que se llevaría a cabo el (...)”⁴², “a favor de la aprobación de los estados financieros para el año fiscal que termina el 31 de diciembre de 201...; para aprobar la transferencia de pérdida neta; aprobar la continuación del Revisor Fiscal (...); y aprobar la continuación de **MERLINX B.V.** y como director de la compañía”. Como puede observarse, estos poderes confirman que **URIEL** y **OMAR** ejercían las facultades que les otorgaban los estatutos y tomaban las decisiones más relevantes para la compañía de manera conjunta, lo cual demuestra que no solo ejercían control societario sobre **VALDEX B.V.**, sino que lo hacían de manera conjunta.

⁴² Página 18 de la Resolución de declaratoria y multa No. (125-...)

A su vez, también se encuentran correos electrónicos como los del (...) ⁴³, enviados por los ejecutivos de las sociedades controladas (...) a los investigados, los cuales evidencian que a estos últimos se les debían consultar los temas importantes al interior de las sociedades para que tomaran las decisiones e impartieran las órdenes pertinentes.

Otra prueba que demuestra el actuar conjunto de los investigados como controlantes de **VALDEX B.V.**, está relacionada con el nombramiento de **MERLINX B.V.** como director de dicho fondo, el cual no hubiese sido posible sin la aprobación conjunta de **URIEL** y **OMAR** como únicos accionistas con derecho a voto.

En conclusión, el argumento relacionado con que no está demostrado el actuar conjunto de los investigados debe rechazarse, toda vez que las pruebas relacionadas anteriormente, entre otras obrantes en el expediente, resultaron más que suficientes para que el Despacho determinara que **URIEL** y **OMAR** controlaban conjunta e indirectamente a **EUTROX S.A.S.**, a través de **VALDEX B.V.** y **FARIDEX B.V.**

1.2 Argumentos relacionados con la caducidad y la prescripción

El recurrente insiste en solicitar la caducidad que dispone el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, pues a su parecer, el término especial de prescripción de cinco años dispuesto por el artículo 235 de la Ley 222 de 1995 sólo es aplicable respecto de acciones jurisdiccionales.

Esta Superintendencia se pronunció frente a este argumento en la Resolución No. (125-...), en la que se dijo que no era aplicable el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 por existir un término especial de prescripción de cinco años dispuesto por el artículo 235 de la Ley 222 de 1995, el cual no está restringido a acciones jurisdiccionales, como se verá más adelante.

En efecto, es el mismo artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, el que condiciona en los siguientes términos su aplicación, siempre y cuando no exista norma especial:

"Artículo 52. Caducidad de la facultad sancionatoria. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado (...)." (Subrayado y Negrita por fuera de texto original).

⁴³ Los correos electrónicos se encuentran relacionados en la páginas 27 y 28 de la Resolución No. (125...)

De acuerdo con lo anterior, no obstante la Ley 1437 de 2011 establece un término de caducidad de tres (3) años, dicho término se encuentra condicionado a que no exista una norma especial que regule la materia, lo cual ocurre en el presente caso en virtud del artículo 235 de la Ley 222 de 1995.

Así bien, ante una investigación tendiente a demostrar el incumplimiento de lo ordenado por el artículo 30 de la Ley 222 de 1995 como el acontecido en el presente caso, debe aplicarse el término de prescripción establecido en la norma especial que regula dichas actuaciones, esto es, el término de cinco (5) años dispuesto en el artículo 235 de la misma ley.

Al respecto, resulta oportuno mencionar lo dicho por la Corte Constitucional respecto al tema en la Sentencia C-556 del 31 de mayo de 2001:

«La prescripción de la acción es un instituto de orden público, por virtud del cual el Estado cesa su potestad punitiva -ius puniendi- por el cumplimiento del termino señalado en la ley.

La Corte con ocasión de la declaratoria de inexecutable de una norma que pretendía ampliar el término de la prescripción, en ciertas circunstancias, tuvo oportunidad de precisar el significado de esta figura frente a la potestad disciplinaria de la administración. Al respecto expresó:

La prescripción de la acción es un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción". (Negrilla y subraya fuera de texto)

Como puede observarse, la Corte Constitucional al referirse a la imposición de sanciones, no limita la prescripción de la acción al ámbito jurisdiccional, con lo que pierde sustento el argumento del recurrente, quien pretende restringir el concepto de prescripción de la acción a los casos en que se acuda a la jurisdicción contencioso administrativa o a los casos en que "el funcionario que instruye el proceso esté investido de funciones jurisdiccionales".

En el mismo sentido, se encuentra que no sólo la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la materia, pues la Sección Primera del Consejo de Estado, hizo lo propio a través de sentencia del 26 de octubre de 2006, en la que consideró:

"La pertinencia o la relación material con este caso se da en razón a que la norma incluye las acciones administrativas, y la actuación administrativa surtida y la decisión que le puso fin se dieron justamente dentro del desarrollo de una acción administrativa, pues no es otra cosa la actividad desplegada por la Superintendencia de Sociedades para hacer efectiva su

función ya precisada, y su consecuente facultad sancionatoria, inherente a toda función de policía administrativa como es la de ese órgano estatal.

*El actor pretende establecer una dicotomía entre facultad sancionatoria y acción administrativa y, consecuentemente, **entre los artículos 38 del C.C.A., y 235 de la Ley 222 de 1997 (sic), con base en lo cual aduce que en este caso no hubo acción administrativa sino ejercicio de la facultad sancionatoria de la entidad demandada, de donde arguye que la norma aplicable es la primera.***

Sobre ese planteamiento cabe decir que es sofista por cuanto ambas disposiciones se están refiriendo a dos aspectos inseparables, cuales son la facultad sancionatoria, que no es otra que la aptitud, capacidad o poder jurídico para decidir o hacer efectivas las consecuencias jurídicas en sede administrativa de la violación de la ley; y la aptitud o poder igualmente jurídico para adelantar o realizar todas las actividades necesarias encaminadas a verificar dicha violación y todos los aspectos objetivos y subjetivos concernientes a la misma, plasmado en el concepto de acción, que como tal viene a ser el medio para ejercer o hacer efectiva la facultad sancionatoria.

En teoría del derecho se da por sentado que no debe haber derecho subjetivo sin acción que garantice su efectivo ejercicio o su protección. Mutatis mutandi no es pensable que exista una facultad o poder estatal sin el medio para ejercerla, pues devendría en inocua, y uno de esos medios, en el plano jurídico, son las acciones, que cuando la facultad es administrativa, la acción no puede ser otra que administrativa.

(...)

Por lo tanto, la oportunidad que tenía para el efecto se debe establecer con base en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995 y no del artículo 38 del C.C.A., pues aquél por ser norma especial y pertinente al asunto examinado, prefiere a éste que es disposición general y sólo se aplica a falta de norma distinta que regule el punto, según lo dispone el artículo 1º, inciso 2º, del C.GA". (Negrilla fuera de texto).

Como puede observarse de la providencia del Consejo de Estado citada, en el presente caso es aplicable el término de prescripción al que hace referencia el artículo 235 de la Ley 222 de 1995, por expresa remisión del artículo 38 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984, ahora artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011). Este término es aplicable a las actuaciones administrativas y no se limita al ámbito jurisdiccional, como pretende hacerlo ver el recurrente.

Por lo dicho, considera el Despacho, que el aparte del artículo 235 de la Ley 222 de 1995 resaltado precisamente por el recurrente como "acciones penales, civiles y administrativas..." se relaciona con las acciones de la administración, como la

punitiva sancionadora para el caso que nos ocupa. Sobre esta última acción se pronunció el doctrinante Jaime Ossa Arbeláez en los siguientes términos:

"La Potestad Sancionadora de la Administración es la que abre la acción punitiva de la Administración. Es una atribución propia de la Administración que se traduce en la posibilidad jurídica de la imposición de sanciones a los particulares y aún a los funcionarios que infringen sus disposiciones, o a sus servidores que, en el ejercicio de sus funciones, transgreden sus mandatos o desconocen sus prohibiciones. (Subrayado por fuera de texto original).

Imposible sería concebir la administración sin un régimen represivo o correctivo que no penara las desobediencias a la estructura interna del Estado o a su esquema normativo externo. La existencia de una disciplina es apenas lo más elemental a lo que puede aspirar una administración"⁴⁴. (Subraya fuera de texto)

La Superintendencia de Sociedades se ha pronunciado en reiteradas ocasiones respecto de la aplicación del término dispuesto en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995 en lugar del establecido en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) frente al incumplimiento del artículo 30 de la Ley 222 de 1995, tal y como puede observarse en el Oficio No. 220-050866 del 22 de octubre de 2007, en el que la Superintendencia de Sociedades citó la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", del 10 de febrero de 2005, Expediente No. 203-0137 y señaló lo siguiente:

*"La norma habla de la prescripción de las acciones penales, civiles y administrativas relativas a los temas regulados por la Ley 222, que ha de interpretarse de manera sistemática y razonable. El contexto de la Ley 222 le da su verdadero sentido. La Ley 222 modificó varias normas del Libro II del Código de Comercio y el artículo 235 está ubicado en el Título III de la Ley (otras disposiciones), que habla, entre otros temas, de las facultades de la Superintendencia de Sociedades y de otras Superintendencias 'en materia de control y vigilancia de sociedades. De manera que cuando la norma se refiere a las acciones penales, civiles y administrativas, debe entenderse que estas últimas son aquellas actuaciones que las autoridades administrativas adelantan para efectos de hacer efectiva su función de ejercer inspección y vigilancia sobre las sociedades comerciales. **No puede limitarse el significado del término acciones al de acción en sentido procesal como el derecho constitucional de todo ciudadano a acudir ante la jurisdicción para obtener solución de una controversia de naturaleza judicial, pues se repite, no es ese el sentido natural y obvio de la Ley**". (Subrayado y negrita por fuera de texto original).*

⁴⁴ OSSA ARBELÁEZ, Jaime. Derecho Administrativo Sancionador Hacia una Teoría General y una Aproximación para su Autonomía. Ed. Legis Editores SA., Bogotá - Colombia, 2000, pag 126

Por las anteriores razones, debe rechazarse el argumento en la medida en que es claro que el término de prescripción aplicable a la presente investigación es el dispuesto en la Ley 222 de 1995, dentro del cual aún se encuentra la administración.

1.3 Argumentos relacionados con que no existió motivación suficiente de la graduación de la multa

Sobre la falta de motivación en la graduación de la multa, debe aclararse que esta Entidad desde la Resolución No. (...), hasta la Resolución No. (125-...), advirtió que la multa se impondría conforme a los parámetros del numeral 3 del artículo 86 de la Ley 222 de 1995, norma que dispone que la multa aplicable puede alcanzar los doscientos salarios mínimos legales mensuales.

A su vez, en la Resolución de Declaratoria y Multa se advirtió la gravedad de la conducta para fundamentar la sanción impuesta, señalando que 'la revelación del control es una obligación de gran importancia y que precisamente uno de los pilares del gobierno corporativo es la transparencia en la información, que garantiza al eventual inversionista el conocimiento adecuado para tomar la mejor decisión de negocio'. En efecto, la revelación del control resulta fundamental para los grupos de interés, no sólo frente al desarrollo de las actividades mercantiles de las empresas, sino también en los momentos de crisis para poder hacer efectivas las diferentes normas relacionadas con la responsabilidad de los controlantes.

Así pues, la multa fue impuesta en razón a la falta de transparencia por parte de **URIEL** y **OMAR** en la revelación de la situación de control en un periodo de tiempo de más de cuatro años, por lo que no se hizo pública, una información que por exigencia legal debe tener esta condición. Es preciso considerar además el gran impacto de esta revelación precisamente por los vínculos evidentes con la afectación a las víctimas del Fondo **INTERNAX** ampliamente divulgada en los medios de comunicación.

Adicionalmente, se tuvo en cuenta que no se encontraron conductas que pudieran atenuar la multa a imponer, tales como realizar un reconocimiento expreso de la infracción antes del decreto de pruebas.

2. Recurso interpuesto por O

2.1 Argumentos relacionados con la calidad de VALDEX B.V. como institución de inversión colectiva.

OMAR señaló en su recurso de reposición que la Superintendencia de Sociedades no tuvo en cuenta que en **VALDEX B.V.**, al ser esta una institución de inversión colectiva, sus propietarios son los inversionistas y no sus administradores o asesores.

Al respecto, el Despacho advierte que el recurrente omitió pronunciarse sobre los estatutos de dicho fondo, ampliamente estudiados en la Resolución No. (125-...), en los que se observó con claridad que los accionistas con derecho a voto contaban con importantes facultades que les permitían influir en los órganos societarios de la compañía.

Por lo anterior, es importante recordar que en la Resolución de Declaratoria y Multa se probó que **URIEL** y **OMAR**, en su calidad de únicos accionistas con derecho a voto, integraban la Asamblea General de Accionistas⁴⁵, y en consecuencia tenían la facultad, entre otras cosas, de aprobar los estados financieros⁴⁶, despedir los directores⁴⁷, decidir sobre la disolución de la compañía⁴⁸, designar a los directores de la junta directiva⁴⁹, nombrar los directores del consejo de vigilancia⁵⁰, entre otras relevantes funciones.

Con las anteriores pruebas se demostró de forma suficiente que **URIEL** y **OMAR** en su calidad de únicos accionistas con derecho a voto, contaban con facultades que les permitían influir en los órganos sociales de **VALDEX B.V.** y, en consecuencia, controlar la compañía, circunstancia que a todas luces resulta más relevante que la participación de los inversionistas sin derecho a voto, quienes tenían como principal facultad participar en las utilidades de la sociedad extranjera.

De otra parte, el recurrente da a entender que para esta Entidad es una simple suposición considerar que **URIEL** y **OMAR** tuvieran las acciones con derecho a voto de **VALDEX B.V.** Sin embargo, no presentó pruebas que contradijeran el acervo probatorio puesto de presente por esta Entidad, a través del cual se

⁴⁵ Se relacionó en la página (...) de la Resolución No. (125-...). Hace referencia al artículo (...) de los estatutos de **VALDEX B.V.**, los cuales fueron aportados por medio del correo electrónico radicado con el número (...).

⁴⁶ Se relacionó en las páginas (...) de la Resolución No. (125-...). Hace referencia al (...) de los estatutos de **VALDEX B.V.**, los cuales fueron aportados por medio del correo electrónico radicado con el número (...).

⁴⁷ Se relacionó en la página (...) de la Resolución No. (125-...). Hace referencia al (...) de los estatutos de **VALDEX B.V.**, los cuales fueron aportados por medio del correo electrónico radicado con el número (...).

⁴⁸ Se relacionó en la página (...) de la Resolución No. (125-...). Hace referencia al (...) de los estatutos de **VALDEX B.V.**, los cuales fueron aportados por medio del correo electrónico radicado con el número (...).

⁴⁹ Se relacionó en la página (...) de la Resolución No. (125-...). Hace referencia al (...) de los estatutos de **VALDEX B.V.**, los cuales fueron aportados por medio del correo electrónico radicado con el número (...).

⁵⁰ Se relacionó en la página (...) de la Resolución No. (125-...). Hace referencia al (...) de los estatutos de **VALDEX B.V.**, los cuales fueron aportados por medio del correo electrónico radicado con el número (...).

demonstró que las acciones administrativas pertenecían efectivamente a **URIEL** y **OMAR**.

En efecto, pruebas documentales y testimoniales tales como el registro de accionistas que fue aportado por medio del correo electrónico radicado con el número (...), y las declaraciones de **RAUL**⁵¹, y **ALEX**⁵², tienen el peso suficiente para demostrar que las acciones con derecho a voto pertenecían a los declarados controlantes.

2.2 Argumentos relacionados con la participación en el capital de FARIDEX B.V.

OMAR manifestó en su recurso de reposición que no se probó de manera válida y legal que **VALDEX B.V.** hubiese sido la controlante **FARIDEX B.V.**, pues la participación en el capital no puede verificarse con testigos como lo hizo la Superintendencia de Sociedades.

Al respecto debe indicarse que para demostrar la composición accionaria de **FARIDEX B.V.**, esta Superintendencia, además de las pruebas testimoniales, también tuvo en cuenta que **VALDEX B.V.** señaló en las Notas a sus Estados Financieros Consolidados, aportadas por medio del escrito radicado con el número (...), que tenía una participación en el 100% del capital de la primera compañía⁵³.

La anterior prueba fue confrontada con las declaraciones de personas que no simplemente tenían una cercanía, sino que eran idóneas para referirse a la composición accionaria de **FARIDEX B.V.**, pues es evidente que el Codirector de la gestora del fondo, la asesora financiera de **EUTROX S.A.S.**, sociedad en la que **FARIDEX B.V.** era accionista mayoritaria, junto al primer gerente de **EUTROX S.A.S.**, eran personas que por su vínculo laboral y las funciones desempeñadas en sus cargos, conocían los accionistas **FARIDEX B.V.** y eran idóneos para referirse respecto al tema.

⁵¹ En la página No. (...) de la Resolución No. (125-...), se relacionó el interrogatorio al señor **RAUL** llevado a cabo en la Superintendencia de Sociedad; Av. El Dorado No. 51 - 80, cuyo video se encuentra en CD contenido en el expediente de **LEMURIA S.A.S** (...) y en el cual quedó registrado lo siguiente:

"Pregunta: Y Ellos (**OMAR** y **URIEL**) eran representantes legales?, ¿qué posición tenían ellos para contratarlo a usted?

Respuesta: ... eran los accionistas con derecho a voto del Fondo, y adicionalmente los dueños de la gestora, y los codirectores de la gestora desde que se fundó".

⁵² En la página No. (...) de la Resolución No. (125-...), se relacionó el interrogatorio al señor **ALEX** celebrado en la Superintendencia de Sociedad; Av. El Dorado No. 51 —80, cuyo video se encuentra en CD contenido en el expediente de **LEMURIA S.A.S** (...) y en el cual quedó registrado lo siguiente:

"pregunta: ¿Cuándo usted entra a trabajar en **LEMIRUAX S.A.S.**, y en la sociedad denominada **PIZCAX LTDA.**, se le explicó, conoció, o tuvo acceso, y explique de qué manera, a la estructura del denominado Grupo **INTERNAX**?

Respuesta: (...) fuera de los prestadores de servicios existen dos unidades de voto que tiene derecho de voto, esas dos unidades una es de **URIEL** y otras es de **OMAR**".

⁵³ Se hizo mención de las notas a los estados financieros consolidados en la página (...) de la Resolución No. (125-...). La prueba documental fue aportada por medio del radicado No. (...) y se encuentra en el expediente No. (...), Lx (...).

Como puede advertirse, la conclusión de esta Superintendencia estuvo fincada en un análisis en conjunto de las evidencias de distinta naturaleza que obran en el expediente.

2.3 Argumentos relacionados con la temporalidad de la situación de control

El recurrente manifiesta que "ni en la resolución número (125-...) ni en el expediente de la presente actuación se aclara ni presenta evidencia en cuanto a la fecha en que **FARIDEX B.V.** (...) adquirió el setenta y uno coma doce por ciento (71.12%) de las acciones de la sociedad **EUTROX S.A.S.** de tal manera que arbitrariamente no puede sostenerse que el supuesto control conjunto se habría dado desde el (...) hasta el (...)"

Ahora bien, en relación con la temporalidad de la situación de control, es necesario hacer énfasis en que la fecha en que inicia el control por parte de los investigados sobre **EUTROX S.A.S.**, se toma desde el momento en que **URIEL** y **OMAR** adquieren las acciones con derecho a voto de **VALDEX B.V.**, situación probada con el registro de accionistas de aquella sociedad extranjera, remitido por medio del correo electrónico radicado con el número (...), en el que consta claramente que **URIEL** y **OMAR** son accionistas con derecho a voto desde el (...).

En este orden de ideas, debe considerarse que a pesar de ser **FARIDEX B.V.** accionista mayoritario de **EUTROX S.A.S** desde antes del (...), como consta en el libro de registro de accionistas de esta última sociedad, el cual reposa en los papeles de trabajo radicados con el No. (...); se entiende que la situación de control se configura desde dicha fecha, pues según las pruebas documentales y testimoniales que han sido incorporadas, desde ese periodo los investigados tuvieron la capacidad de controlar a **VALDEX B.V.**, y en consecuencia a las sociedades **FARIDEX B.V.** y **EUTROX S.A.S.**

Por otra parte, tal y como se consideró en la Resolución No. (125-..), el control conjunto ejercido por U y O se presentó hasta el (...), fecha en la que según el informe ejecutivo radicado con el número (...), se removió del cargo de Gerente de Inversiones" o "Investment Manager", a **PIZCAX LTDA.**, sociedad en la cual **URIEL** y **OMAR** eran los únicos accionistas, cada uno con un 50%.

Lo anterior, en la medida en que **PIZCAX LTDA.**, al ser Gerente de Inversiones de **VALDEX B.V.**, era el medio a través del cual los declarados como controlantes podían influir en las decisiones que podrían llegar a afectar el patrimonio de las compañías que hacían parte del "Grupo **INTERNAX**", entre ellas **EUTROX S.A.S.**

Esto, sumado a que el Banco Central de (...) desde el (...) emitió una instrucción formal a **VALDEX B.V.** según la cual no le estaba permitido redimir sus acciones,

atraer nuevos clientes, transferir acciones, realizar cualquier transacción material, ni operación sin la aprobación previa del Banco referido. Situación que junto a la remoción del Gerente de Inversiones demuestra que **URIEL** y **OMAR** habrían dejado de controlar a las citadas entidades.

Queda por sentado de esta manera que la Superintendencia de Sociedades no fijó de manera arbitraria la temporalidad en la que se configuró la situación de control, pues se tuvieron en cuenta todas las circunstancias que permitieron determinar la fecha en la cual **EUTROX S.A.S.** fue subordinada de **OMAR** y **URIEL**.

2.4 Argumentos relacionados con la consideración de MERLINX B.V. como controlante de VALDEX B.V.

Según el recurrente, el hecho de que **MERLINX B.V.** removiera de su cargo de gerente de inversiones de **VALDEX B.V.** a **PIZCAX LTDA**, demostraría que **MERLINX B.V.** es quien tenía el poder de decisión en **VALDEX B.V.** y no **URIEL** y **OMAR**.

Al respecto, debe advertirse que no obstante **MERLINX B.V.** fue el encargado de remover de su cargo de gerente de inversiones a **PIZCAX LTDA**, esto no significa que fuera el controlante de **VALDEX B.V.**, si se tiene en cuenta que la remoción que llevó a cabo fue realizada en el ejercicio de sus funciones de "director del fondo", cargo que vale la pena resaltar, solo pudo serle asignado con la aprobación de los accionistas con derecho a voto de **VALDEX B.V.** es decir, de los investigados **OMAR** y **URIEL**.

La designación del director del fondo por parte de los accionistas con derecho a voto conforme a lo dispuesto en el artículo (...) de los estatutos de **VALDEX B.V.**, fue estudiada y relacionada en la Resolución de Declaratoria y Multa⁵⁴, al igual que el contrato por medio del cual **VALDEX B.V.** nombró a **MERLINX B.V.** como "director del fondo"⁵⁵.

Ambas pruebas documentales demuestran la subordinación del "director del fondo" ante quienes se encargaban de su nombramiento, quienes además daban instrucciones de representación, como fue comprobado con los "proxy" o poderes que otorgaron **URIEL** y **OMAR** como accionistas con derecho a voto de **VALDEX B.V.**, para que **MERLINX B.V.** los representara en la Asamblea General de Accionistas del (...) ⁵⁶.

⁵⁴ Los estatutos de **VALDEX B.V.** en lo que respecta al nombramiento del director del fondo fueron relacionados en la página No. (...) de la Resolución No. (125-...).

⁵⁵ El contrato a través del cual fue nombrado **MERLINX B.V.** fue relacionado en las páginas (...) de la Resolución No. (125-...).

⁵⁶ Los poderes otorgados por **OMAR** y **URIEL** fueron relacionados en la Resolución No. (125-...) en la página (...).

La suma de las anteriores pruebas y elementos de juicio le permitieron a esta Superintendencia concluir que no es posible considerar que el "director del fondo" **MERLINX B.V.** fuera el controlante de **VALDEX B.V.**

2.5 Argumentos relacionados con la vulneración de los artículos 16 y 29 de la Constitución Política de Colombia por declarar a OMAR como controlante de LEMURIAX S.A.S.

OMAR manifestó en su recurso que las consideraciones de la Superintendencia de Sociedades al establecer que un acuerdo para asesorar las operaciones de **VALDEX B.V.**, que derivó en una situación de control en **EUTROX S.A.S.**, son suposiciones por parte de la Entidad que vulneraron sus derechos al debido proceso y al libre desarrollo de la personalidad.

Con el fin de estudiar la presunta vulneración por parte de esta Entidad de los artículos 6, 13, 16 y 29 de la Constitución Política de Colombia alegada por el recurrente, es pertinente analizar el artículo 261 del Código de Comercio, ya transcrito.

Conforme al numeral 1 del artículo 261 del Código de Comercio, la participación en más del 50% del capital lo podrá tener la controlante "directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas", lo que demuestra que la modalidad del control indirecto tiene expresa consagración legal.

Se concluye para el caso que nos ocupa que la participación en el capital de **EUTROX S.A.S.** por parte de **OMAR** y **URIEL**, se presentó a través de su subordinada **FARIDEX B.V.** con un 72.12%. Vale la pena reiterar, que según las pruebas documentales y testimoniales relacionadas en la investigación, **URIEL** y **OMAR** controlaban **FARIDEX B.V.** a través de **VALDEX B.V.**

Así las cosas, el argumento del recurrente en el que manifiesta que no es controlante por no poseer directamente una participación mayoritaria al 50% en **EUTROX S.A.S.** carece de sustento jurídico y no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 261 del Código de Comercio en el que claramente se define que el control también puede presentarse a través de las subordinadas del controlante.

Tampoco puede prosperar el argumento según el cual al declarar a **OMAR** como controlante de **EUTROX S.A.S.**, se ha vulnerado lo consagrado en los artículos 6, 13, 16 y 29 de la Constitución Política de Colombia, pues al mismo se le han respetado su derecho al debido proceso y al libre desarrollo de la personalidad, al habersele brindado todas las garantías pertinentes como la oportunidad de oponerse por medio de descargos o recursos a las decisiones de la

administración, con unas notificaciones realizadas en debida forma, y sobre todo, porque se le impuso una multa con base en una disposición legal existente, como lo es el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, norma procedente ante la configuración de una situación de control bajo los presupuestos del artículo 261 del Código de Comercio.

Por último, se reitera que contrario a lo afirmado por el recurrente, el fundamento que motivó la decisión de la Superintendencia para declarar el control no se trató de un acuerdo para asesorar las operaciones de **VALDEX B.V.** como pretende hacerlo ver, sino todo el material probatorio obrante en el expediente y expuesto en detalle y con suficiencia en la resolución impugnada, que da cuenta de que los investigados controlaban de manera conjunta e indirecta a **EUTROX S.A.S.**, a través de **VALDEX B.V.** y **FARIDEX B.V.**

2.6 Argumentos relacionados con que la participación simultánea en el capital no presupone control conjunto

OMAR señaló en su recurso de reposición que no presupone control conjunto sobre una sociedad la participación simultánea de algunas personas en el capital de la misma, ni hacer parte de sus órganos de administración y dirección. Al respecto, afirmó que al no tener por sí mismo un poder de decisión de más del 50% en **VALDEX B.V.**, controlante indirecto de **EUTROX S.A.S.**, no es procedente la sanción de la Superintendencia por inobservancia del deber de inscripción de una situación de control sobre esta última, pues no se encontraba en el deber legal de hacerlo.

Al respecto, este Despacho considera que a lo largo de la Resolución de Declaratoria y Multa no sólo demostró que **OMAR** y **URIEL** participaban en más del 50% del capital de **EUTROX S.A.S.** a través de **FARIDEX B.V.**, situación que en sí misma es relevante a la luz del numeral 1 del artículo 261 del Código de Comercio, sino que también señaló con pruebas documentales y testimoniales que los controlantes actuaban de forma conjunta y de esa forma sometían el poder de decisión de **EUTROX S.A.S.**

Tal y como se expuso en detalle en la resolución impugnada, ejemplos de las pruebas que demuestran el actuar conjunto de **URIEL** y **OMAR** respecto de las decisiones trascendentales de **VALDEX B.V.**, son los poderes que le otorgaron a **MERLINX B.V.** para votar en nombre de ellos de manera idéntica en la Asamblea Anual de **VALDEX B.V.** que se llevaría a cabo el (...) ⁵⁷, "a favor de la aprobación de los estados financieros para el año fiscal que termina el 31 de diciembre de (...); para aprobar la transferencia de pérdida neta; aprobar la continuación del Revisor Fiscal &; y aprobar la continuación de **MERLINX B.V.** como director de la

⁵⁷ Página (...) de la Resolución de declaratoria y multa No. (125-...).

compañía". Como puede observarse, estos poderes confirman que **URIEL** y **OMAR** ejercían las facultades que les otorgaban los estatutos y tomaban las decisiones más relevantes para la compañía de manera conjunta, lo cual demuestra que no sólo ejercían control societario sobre **VALDEX B.V.**, sino que lo hacían de manera conjunta.

A su vez, también se encuentran correos electrónicos como los del (...) ⁵⁸, enviados por los ejecutivos de las sociedades controladas ("Grupo **IINTERNAX**") a los investigados, los cuales evidencian que a estos últimos se les debían consultar los temas importantes al interior de las sociedades para que tomaran las decisiones e impartieran las órdenes pertinentes.

Otra prueba que demuestra el actuar conjunto de los investigados como controlantes de **VALDEX B.V.**, está relacionada con el nombramiento de **MERLINX B.V.** como director de dicho fondo, el cual no hubiese sido posible sin la aprobación conjunta de **URIEL** y **OMAR** como únicos accionistas con derecho a voto.

Así, las anteriores evidencias, entre otras, reflejan que las decisiones trascendentales del "Grupo **INTERNAX**" eran tomadas de, manera conjunta por **OMAR** y **URIEL**, situación que a su vez se presentaba en **EUTROX S.A.S.**, sociedad en la que los mismos daban órdenes de manera conjunta a los ejecutivos, como se expuso con anterioridad con la declaración **RAUL**.

2.7 Argumentos relacionados con que no existe unidad de propósito y dirección

El recurrente alega que en el presente caso no existe unidad de propósito y dirección, por lo cual no se configuró grupo empresarial.

Este argumento resulta abiertamente impertinente en el entendido que el presente proceso administrativo se desarrolla en torno a la configuración de una situación de control, sin estudiar la presunta existencia de un grupo empresarial, ya que ni en la Resolución de Apertura y Traslado de Cargos, ni en la Resolución de Declaratoria y Multa se ha debatido la existencia de un grupo empresarial. El hecho debidamente probado es el del control de **OMAR** y **URIEL** respecto de **EUTROX S.A.S.**

⁵⁸ Los correos electrónicos se encuentran relacionados en las páginas (...) de la Resolución No. (125-...).

2.8 Argumentos relacionados con el acuerdo contractual que supuestamente debe existir para que se configure el control conjunto según la sección 15 de las NIIF para PYMES

OMAR manifestó en su recurso que según la sección 15 de la Norma Internacional de Información Financiera - NIIF para PYMES, para que exista control conjunto se necesita un acuerdo contractual entre las partes que participan en el negocio que establezca la existencia del mencionado control.

Al respecto, es necesario aclarar al recurrente que los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, así como el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, no han sido derogados por la Ley 1314 de 2009 ni por ninguna otra norma del ordenamiento jurídico colombiano, que se encuentre relacionada con el tema de inversiones en negocios conjuntos según la NIIF para PYMES, razón por la cual dichos artículos están completamente vigentes.

En este orden de ideas, se advierte que en ninguna parte de la Ley 222 de 1995 ni en el Código de Comercio, se exige un acuerdo contractual para que se configure una situación de control conjunto.

Lo anterior, aunado a que en la Sección 15 "Inversiones en Negocios Conjuntos" de las NIIF para PYMES se tratan temas contables ajenos a los aspectos jurídicos que nos ocupan, lo que permite concluir que no es necesario demostrar un acuerdo contractual entre **URIEL** y **OMAR** para acreditar una situación de control conjunto. Es un hecho probado que estas dos personas naturales actuaron conjuntamente para operar la compleja estructura de negocios expuesta durante la investigación, que finalmente se tradujo en la demostración de un control real y efectivo sobre **EUTROX S.A.S.** Este tema ha sido ampliamente desarrollado por la doctrina y la Superintendencia de Sociedades en diferentes pronunciamientos que han sido confirmados por la jurisdicción contenciosa administrativa. Al respecto, la doctrina igualmente ha dicho que "En las investigaciones basadas en el control conjunto, no ha sido acogida la tesis según la cual para la configuración de esta modalidad se requiere la existencia de un 'acuerdo paraestatutario' entre los socios comprometiéndose a votar en el mismo sentido. Si así fuera sería casi inaplicable esta forma de control, pues no es frecuente que estos pactos aparezcan. La realidad de muchos conglomerados es que espontáneamente se van generando estructuras en donde aparecen unas mismas personas controlando sin necesidad de acuerdos especiales para ese propósito".⁵⁹

En virtud de lo anterior, también debe señalarse que la solicitud del recurrente para oficiar al Consejo Técnico de la Contaduría carece de pertinencia y conducencia, pues con lo mismo se buscaría debatir un tema exclusivamente

⁵⁹ Gaitán Rozo, Andrés. Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia. Superintendencia de Sociedades, 2011. Pág. 52.

contable ajeno a los aspectos jurídicos que se discuten en el presente proceso administrativo.

2.9 Argumentos relacionados con que la calidad de asesor de inversiones de OMAR no lo hacía controlante de EUTROX S.A.S.

OMAR mencionó que toda vez que solo participó en las asesorías que brindó **PIZCAX LTDA.** a **VALDEX B.V.** en calidad de gerente de inversión, esto no lo compromete en calidad de controlante, máxime cuando dichas asesorías fueron puestas a consideración de la junta directiva del fondo y "*... fueron estas quien en últimas comprometían al Fondo mutuo, luego en gracia de discusión es el fondo quien ostentaba la situación de control y no la gerencia de inversión y menos sus integrantes*".

En primer lugar, debe este Despacho poner de presente al recurrente que no es viable su tesis según la cual el fundamento de la declaración de control fue una supuesta condición de asesor en inversiones, pues contrario a su dicho, se encuentra plenamente demostrado con todo el material probatorio ampliamente expuesto en la resolución impugnada, su calidad de controlante junto con **URIEL** respecto de **EUTROX S.A.S.**

Es evidente de esta manera, que al tener la facultad de nombrar y remover a los miembros de la junta directiva, los accionistas con derecho a voto tenían una fuerte influencia en dicho órgano social, por lo cual no es viable la tesis del recurrente, en la que se menciona que simplemente tenía una condición de asesor en inversiones, máxime cuando él y **URIEL**, también tenían la calidad de únicos accionistas del gerente de inversiones del fondo, **PIZCAZ LTDA.**

En este orden de ideas, frente al argumento de que es el fondo quien ostentaría la situación de control, queda claro que al ser el recurrente junto a **U** los únicos accionistas con derecho a voto de **VALDEX B.V.**, son en consecuencia los controlantes directos de dicho fondo, lo que los convierte necesariamente en controlantes indirectos de **FARIDEZ B.V.** y a su vez de **EUTROX S.A.S.**

2.10 Argumentos relacionados con que la situación de control se predica única y exclusivamente de personas jurídicas y no naturales

El recurrente argumenta que la inscripción de la situación de control, conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, se predica única y exclusivamente de personas jurídicas y no naturales, con lo que pasa por alto la doctrina y la jurisprudencia que fue puesta de presente en la Resolución No. (125-...), con las cuales quedó plenamente ilustrado este aspecto en el sentido que la situación de control puede predicarse de personas naturales.

En efecto, es preciso recordar al recurrente el desarrollo jurisprudencial y doctrinal que se ha dado en lo atinente a la inscripción de la situación de control conjunto que debe realizar una persona natural.

El Consejo de Estado se pronunció sobre la inscripción del control conjunto por parte de persona naturales de la siguiente manera:

- Sentencia 7342 del 17 de mayo de 2002:

"La Ley 222 de 1995 señala que existe subordinación cuando el poder de decisión de una sociedad está sujeto a la voluntad de otra u otras, esas "otras" pueden ser personas naturales o jurídicas, civiles o mercantiles, societarias o no, pues la atribución que otorga la norma legal en cita no se desprende de aquella constitucional que ejerce, por delegación del Presidente de la República, relativa a la vigilancia, inspección y control de las sociedades mercantiles, sino que resulta una facultad autónoma de aquella.

Ello, por cuanto el artículo 26 de la Ley 222 de 1995 dispone: 'Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria' abre paso a la posibilidad de que existan varias sociedades matrices". (Subrayado por fuera de texto original).

- Sentencia 6271 del 27 de marzo de 2003:

"Para la Sala, es claro que la norma analizada no limita en manera alguna el número de personas, llámense naturales o jurídicas, que pueden tener bajo su control a una sociedad, pues al establecer que una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas, contempla tal posibilidad, como ocurrió en el caso examinado.

Además, la Sala observa que cuando la norma en cuestión habla de matriz, en singular, lo que quiere significar es que todas las personas que ejercen control sobre la subordinada constituyen la matriz de esta, y no la interpretación que pretende darle la actora, en el sentido de que una subordinada sólo puede ser controlada por una persona, para el caso, por una sociedad." (Subrayado por fuera de texto original).

- Sentencia 0855 del 5 junio de 2006:

"Los párrafos del artículo 261 del Código de Comercio consagran la posibilidad que el control sea ejercido por otra sociedad, o bien 'por una o por varias personas naturales o jurídicas' independientemente que su naturaleza no sea societaria. De esta manera se reconoce la diversidad formas de integración,

incluyendo la formación de grupos de hecho que actúan como unidad económico-empresarial, para la realización de unos objetivos determinados.

Podemos hablar en el caso del párrafo del artículo 261 del C. de Co. de un control conjunto, en el cual una pluralidad de personas controlan una sociedad manifestando la intención de actuar en común, la cual se puede evidenciar por ejemplo cuando también participan conjuntamente en el capital de otras empresas, o cuando existe coincidencia en los cargos de administración o de representación legal, o cuando se actúa 'en bloque' en los órganos sociales, que deja en claro el ánimo de actuar como grupo; existiendo unidad propósito y dirección, y dejando en claro que no existe total independencia entre las empresas.

Esta forma de control también difiere del control indirecto, esto es, cuando la matriz a través de sus subsidiarias detenta el poder de otra sociedad denominada filial. Como se ve una cosa es que exista control directo o indirecto y otra que se ejerza de manera individual o conjunta”.

La Superintendencia de Sociedades, al igual que el Consejo de Estado, se ha pronunciado en múltiples oportunidades sobre la inscripción de la situación de control por parte de personas naturales, como se observa a continuación:

- Resolución No. 126-006910 del 29 de octubre de 2009:

"Al describir la figura jurídica de la subordinación y en particular al ocuparse de quienes pueden ser controlantes, el legislador permite que la operación de negocios con sociedades de grupo se pueda realizar por cualquier clase de sujetos de derecho en forma individual o con junta, sin distinguir si se trata de personas naturales o jurídicas, societarias o no, ampliando las posibilidades de organización empresarial y modificando el esquema tradicional concebido por el Código de Comercio de 1971, en el que se consideraba que el control de sociedades siempre debía ser ejercido por un ente societario". (Subrayado por fuera de texto original).

- Oficio No. 220-50924 de 12 noviembre de 1996:

"Así las cosas, la condición de matriz o controlante puede ser predicada de personas naturales o jurídicas, sin ninguna distinción, por cuanto la ley quiso que primara el hecho efectivo del control...." (Subrayado por fuera de texto original).

Lo expuesto por el Consejo de Estado y por la Superintendencia de Sociedades, guarda relación y a su vez desarrolla lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 261 del Código de Comercio, en el cual se dispuso que habría subordinación cuando el control fuera ejercido por "una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria".

Por lo anterior, y en relación con este punto, no queda duda que el artículo 30 de la Ley 222 de 1995 es lo suficientemente claro en la manera en que la inscripción

de la situación de control debe realizarse bien sea por una persona natural o por una jurídica.

2.11. Argumentos relacionados con el principio del *Non Bis In Idem*

OMAR manifestó que en la presente investigación el Despacho dividió en dos un hecho cuya estructura es idéntica, comoquiera que el sujeto, el objeto y las causas de la presunta acción son los mismos. En este sentido, señala que sin justificación ni cuidado del principio del *Non Bis In Idem* se dividió una investigación para sancionar por duplicado a cada uno de los investigados por una presunta situación de control de una parte de la sociedad **EUTROX S.A.S.**, y la otra de la sociedad **LEMURIAX S.A.S.**

Al respecto, se aclara al recurrente que haber adelantado una investigación administrativa para **LEMURIAX S.A.S** y otra para **EUTROX S.A.S.** no contradice el principio de *Non Bis In Idem*, en la medida en que al tratarse de actuaciones para determinar la subordinación de personas jurídicas diferentes, no era otro el procedimiento pertinente que adelantar una investigación respecto de cada una de las mismas.

Por esta razón a pesar de ser los controlantes las mismas personas en ambos casos, no pueden unificarse las investigaciones, pues se trata de situaciones de control independientes. Un caso distinto sería una actuación para determinar un grupo empresarial, en la que toda vez que el tema a debatirse sería la existencia de unidad de propósito y dirección, es claro que debería unificarse el proceso respecto de todas las sociedades involucradas.

Muestra de la independencia de las situaciones de control en el presente caso, es que ambas sociedades, **LEMURIAX S.A.S** y **EUTROX S.A.S.**, cuentan con sus respectivos registros mercantiles, en los que se debió inscribir la situación de control de manera separada.

Ahora, la multa se impone a cada uno de los controlantes, pues aunque ejercen el control de forma conjunta, no puede dejarse de lado que se trata de personas naturales diferentes, con obligaciones separadas.

2.12 Argumentos relacionados con que no existió cálculo para determinar la sanción

Según el recurrente, la resolución impugnada no hace ningún tipo de tasación de la sanción.

Al respecto, se advierte al investigado que la multa impuesta por la no inscripción de la situación de control, tal y como se indicó en la Resolución No. (125-...), se

soporta en lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 86 de la Ley 222 de 1995, el cual dispone:

Artículo 86. Otras funciones. Además la Superintendencia de Sociedades cumplirá las siguientes funciones:

(...)

3. Imponer sanciones o multas, sucesivas o no, hasta de doscientos salarios mínimos legales mensuales, cualquiera sea el caso, a quienes incumplan sus órdenes, la ley o los estatutos.

(...)

Según lo expuesto, la Superintendencia de Sociedades cuenta con la facultad de imponer sanciones de hasta doscientos salarios mínimos, atendiendo a la discrecionalidad que tienen las autoridades para su graduación dentro del rango máximo que permite la norma, rango conforme al cual se impusieron las multas objeto de estudio.

Sobre este particular, se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

*"(...) en cuanto respecta a la dosificación de las multas impuestas, la Sala entiende que las sanciones impuestas en las Resoluciones demandadas **atienden a la discrecionalidad que tiene la entidad demandada (léase la autoridad administrativa) para su graduación dentro del rango máximo que permite la norma.** (...)" ⁶⁰. (Negritas fuera de texto).*

Para fundamentar la sanción impuesta, en la Resolución de Declaratoria y Multa se advirtió la gravedad de la conducta señalando que "la revelación del control es una obligación de gran importancia y que precisamente uno de los pilares del gobierno corporativo es la transparencia en la información, que garantiza al eventual inversionista el conocimiento adecuado para tomar la mejor decisión de negocio".

En este sentido, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente sobre la valoración de la gravedad de la conducta para sustentar una sanción administrativa:

*"(...) **la dosificación no implica que en el acto administrativo se deba hacer un razonamiento expreso y especial para sustentar el quantum de la sanción, sino que ello puede estar dado en la valoración de la gravedad de los hechos, como en efecto se hace en la decisión aquí enjuiciada, de suerte que realizada esa ponderación se entiende que la Administración ha estimado que la sanción aplicada es la que ameritan los hechos, y pasa a ser de***

⁶⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. M.P. María Claudia Rojas Lasso. 28 de enero de 2010. Expediente 25000-23-24-000-2001-00364-01.

cargo del administrado demostrar que no lo es, es decir, que es desproporcionada a los mismos (...)⁶¹ (Negritas y subrayas fuera de texto).

Así pues, la multa fue impuesta en razón a la falta de transparencia por parte de **URIEL** y **OMAR** en la revelación de la situación de control en un periodo de tiempo de más de cuatro años, por lo que no se hizo pública, una información que por exigencia legal debe tener esta condición. Al respecto, es preciso considerar además el gran impacto de esta revelación precisamente por los vínculos evidentes con la afectación a las víctimas del Fondo **INTERNAX**, ampliamente divulgada en los medios de comunicación.

Por otra parte, no se consideró viable una rebaja en el valor de la multa, toda vez que no se presentó una situación que permitiera atenuar la sanción, como podría serlo una aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas.

Finalmente este Despacho no encuentra pertinente ni conducente oficiar a la oficina de tesorería o cobro coactivo de la Superintendencia de Sociedades para que certifique los montos históricos con los cuales se han sancionado incumplimientos similares desde la expedición de la Ley 222 de 1995, puesto que cada investigación tiene sus características propias y debe sustentarse en las concretas circunstancias de cada caso. Además, en todo caso, revisados los antecedentes no existe un caso idéntico por la compleja estructuración del control con entidades extranjeras, ni por el impacto en los grupos de interés.

CONCLUSIONES:

Las actuaciones regulares que dan cuenta de la voluntad de actuar en forma conjunta y mancomunada de los investigados, se demuestra con la valoración del extenso material probatorio que obra en el expediente, pruebas que resultaron más que suficientes para que el Despacho determinara que estos controlaban conjunta e indirectamente a una sociedad, en forma indirecta.

El término de prescripción establecido el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 no es aplicable en las investigaciones por inscripción extemporánea de la situación de control, por existir un término especial de prescripción de cinco años dispuesto por el artículo 235 de la Ley 222 de 1995, el cual no está restringido a acciones jurisdiccionales.

Ante el registro extemporáneo, la multa se impone conforme a los parámetros del numeral 3 del artículo 86 de la Ley 222 de 1995, norma que dispone que la multa

⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. MP. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Sentencia 20 de octubre de 2005. Radicación 68001-23-15-000-1997-02933-01(7826).

aplicable puede alcanzar los doscientos salarios mínimos legales mensuales. Dentro de los criterios de graduación de la multa, se advierte la gravedad de la conducta para fundamentar la sanción impuesta, señalando que 'la revelación del control es una obligación de gran importancia y que precisamente uno de los pilares del gobierno corporativo es la transparencia en la información, que garantiza al eventual inversionista el conocimiento adecuado para tomar la mejor decisión de negocio'. En efecto, la revelación del control resulta fundamental para los grupos de interés, no sólo frente al desarrollo de las actividades mercantiles de las empresas, sino también en los momentos de crisis para poder hacer efectivas las diferentes normas relacionadas con la responsabilidad de los controlantes.

Se entiende que la situación de control se configura desde el momento en el que los investigados tuvieron la capacidad de controlar a la sociedad, de conformidad con un análisis en conjunto de las evidencias de distinta naturaleza que obran en el expediente.

Las investigaciones administrativas que se desarrollan en torno a la configuración de una situación de control, no siempre involucran la presunta existencia de un grupo empresarial, si así no se indica en la Resolución de Apertura y Traslado de Cargos, ni en la Resolución de Declaratoria y Multa.

Los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, así como el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, no han sido derogados por la Ley 1314 de 2009 ni por ninguna otra norma del ordenamiento jurídico colombiano, que se encuentre relacionada con el tema de inversiones en negocios conjuntos según la NIIF para PYMES, razón por la cual dichos artículos están completamente vigentes. En este orden de ideas, se advierte que en ninguna parte de la Ley 222 de 1995 ni en el Código de Comercio, se exige un acuerdo contractual para que se configure una situación de control conjunto. Por su parte, la Sección 15 "Inversiones en Negocios Conjuntos" de las NIIF para PYMES se tratan temas contables ajenos a los aspectos jurídicos que nos ocupan

De conformidad con lo expuesto por el Consejo de Estado y por la Superintendencia de Sociedades, en desarrollo de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 261 del Código de Comercio, habrá subordinación cuando el control fuera ejercido por "una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria". Por lo anterior, y en relación con este punto, no queda duda que el artículo 30 de la Ley 222 de 1995 es lo suficientemente claro en la manera en que la inscripción de la situación de control debe realizarse bien sea por una persona natural o por una jurídica.

Finalmente, el hecho de haber adelantado una investigación administrativa para cada controlante no contradice el principio de *Non Bis In Idem*, en la medida en que al tratarse de actuaciones para determinar la subordinación de personas

jurídicas diferentes, no era otro el procedimiento pertinente que adelantar una investigación respecto de cada una de las mismas.

Por esta razón a pesar de ser los controlantes las mismas personas en ambos casos, no pueden unificarse las investigaciones, pues se trata de situaciones de control independientes. Un caso distinto sería una actuación para determinar un grupo empresarial, en la que toda vez que el tema a debatirse sería la existencia de unidad de propósito y dirección, es claro que debería unificarse el proceso respecto de todas las sociedades involucradas.

Ahora, la multa se impone a cada uno de los controlantes, pues aunque ejercen el control de forma conjunta, no puede dejarse de lado que se trata de personas naturales diferentes, con obligaciones separadas.

2. INSCRIPCIÓN DE OTRA SOCIEDAD COMO MATRIZ DEL GRUPO EMPRESARIAL

En el registro mercantil figura inscrito el grupo empresarial conformado por la sociedad extranjera **CONTRAX S.A.** y las sociedades **NUVEZ S.A.S.**, **PASOZ S.A.S.**, **ELIAZ S.A.S.**, **SIELOZ S.A.S.**, **ROCIUZ S.A.S.**, **MIRTAZ S.A.S.**, **AQUIZ S.A.S.**, **DOLYZ S.A.S.**, **LUNAZ S.A.S.** y **KIEROZ S.A.S.** Sin embargo, la Superintendencia de Sociedades obtuvo evidencia que apunta a que la matriz del grupo descrito es en realidad la sociedad extranjera **GRALIZ S.A.** y no **CONTRAX S.A.**

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Revisada la información que conforma el expediente de la presente actuación, se observa que en el certificado de existencia y representación legal correspondiente figura inscrito el grupo empresarial conformado por la sociedad extranjera **CONTRAX S.A.** y las sociedades **NUVEZ S.A.S.**, **PASOZ S.A.S.**, **ELIAZ S.A.S.**, **SIELOZ S.A.S.**, **ROCIUZ S.A.S.**, **MIRTAZ S.A.S.**, **AQUIZ S.A.S.**, **DOLYZ S.A.S.**, **LUNAZ S.A.S.** y **KIEROZ S.A.S.** No obstante lo anterior, este Despacho ha encontrado evidencia que apuntan a que la matriz del grupo descrito es en realidad la sociedad extranjera **GRALIZ S.A.**, como se expone a continuación:

El gerente general de **LUNAZ S.A.S.**, el señor **FERMIN**, manifestó en el interrogatorio rendido bajo juramento el (...), que había sido “designado desde (...)” como vicepresidente financiero del **grupo CONZETA**, y precisó que tanto los gerentes de las compañías en Colombia como el vicepresidente financiero, eran designados por la casa matriz que era la sociedad **GRALIZ S.A.** domiciliada en (...) ⁶².

⁶² Declaración del señor **Fermin** del (...) (Radicación ...)

Por otra parte, el señor **BORIS**, gerente general –sector industria- de **LUNAZ S.A.S.**, también señaló a la sociedad extranjera **GRALIZ S.A.** como casa matriz domiciliada en (...). En el mismo sentido, afirmó que “en lo que tiene que ver con Colombia, existe una instancia, **CONTRAX S.A.** domiciliada también en (...), y de ahí se deriva la dependencia de lo que es para Colombia **LUNAZ S.A.S.** y las diferentes empresas subsidiarias que se crearon para generar la operación en Colombia”⁶³. El señor **BORIS** aportó documentos que se encuentran radicados bajo el número (...), en donde se evidencia la estructura organizacional del **Grupo CONZETA**, archivo que fue suministrado bajo el nombre (...), y en el cual se muestra como matriz a la sociedad **GRALIZ S.A.**, posteriormente **CONTRAX S.A.** (...), seguido de **LUNAZ S.A.** y finalmente las subordinadas:

(...)

Adicionalmente a lo anterior, existen otros elementos de prueba que conducen a este Despacho a la conclusión de la existencia de un grupo empresarial. De una parte, en el contrato de sociedad anónima del (...) por el cual se constituyó en (...) la sociedad **CONTRAX S.A.**, consta que la sociedad **GRALIZ S.A.**, persona jurídica No. (...), participa con el 99% de las acciones.

(...)

Por lo anterior y con fundamento en la normatividad transcrita así como en las pruebas que conforman el acervo de la presente, este Despacho encuentra que existen elementos suficientes para colegir la existencia de un grupo empresarial conformado por las sociedad extranjera **GRALIZ S.A.** domiciliada en (...) en calidad de matriz, y las sociedades **LUNAZ S.A.S.**, **TRUDIZ S.A.S.**, **ELIAZ S.A.S.**, **AQUIZ S.A.S.**, **VARCOZ S.A.S.**, **PASOZ S.A.S.**, **HARMAZ S.A.S.**, **ORTAZ S.A.S.**, **NUVEZ S.A.S.**, **SIELOZ S.A.S.**, **DOLYZ S.A.S.**, **KIEROZ S.A.S.**, **INEZ S.A.S.**, y **QUINTOZ S.A.S.**, en calidad de subordinadas, tal como se ilustra en el siguiente gráfico:

(...)

Bajo este supuesto la Superintendencia de Sociedades, dio apertura a una investigación administrativa, por medio de la Resolución No. (...), en la cual el Despacho expuso que quien ostenta la calidad de controlante o matriz es la sociedad extranjera **GRALIZ S.A.** domiciliada en (...) y no la sociedad extranjera **CONTRAX S.A.**, como se encuentra registrado en el registro mercantil y evidenciado en los respectivos certificados de existencia y representación legal de las sociedades relacionadas en el cuadro anterior.

⁶³ Declaración del señor Boris del (...) (Radicación ...)

A su vez, de la información allegada por la Cámara de Comercio de Bogotá, se observa que las sociedades **TRUDIZ S.A.S.** identificada con NIT (...), y **ELIAZ S.A.S.** identificada con NIT (...), también forman parte del citado grupo empresarial, por configurarse el presupuesto de control por participación de que trata el numeral 1 del artículo 261 del Código de Comercio pues, ciertamente, es la sociedad **LUNAZ S.A.S.** la que figura como su accionista único, tal como se puede observar en los documentos privados de constitución.

Ahora bien, respecto a la sociedad **TRUDIZ S.A.S.**, la situación descrita se configuró presuntamente el (...), fecha en la cual se inscribió el documento privado de constitución de la sociedad, como consta en el certificado de existencia y representación legal respectivo. En cuanto a **ELIAZ S.A.S.**, se configuró presuntamente la situación de control el (...), fecha en la cual se inscribió el documento privado de constitución, como igualmente se puede observar en el certificado de existencia y representación legal de esa compañía.

La unidad de propósito y dirección entre los vinculados del denominado Grupo **CONZETA**, ya aparece revelada en el registro mercantil, en los términos del artículo 28 de la Ley 222 de 1995. Adicionalmente, el señor **FERMI** en su testimonio manifestó que el Grupo **CONZETA** Colombia se creó bajo los mismos criterios que en (...), con tres grandes sectores de operación: construcción, industria y distribución, para efectos de lo cual se constituyeron nuevas las compañías **NUVEZ S.A.S.**, **SIELOZ S.A.S.**, entre otras. Así mismo, la sociedad **KIEROZ S.A.S.** fue adquirida a finales del (...) por el Grupo **CONZETA**.

Por lo anterior, esta Superintendencia procederá a declarar el grupo empresarial conformado por la sociedad extranjera **GRALIZ S.A.** (domiciliada en ...), como matriz, y por las sociedades **LUNAZ S.A.S.**, **TRUDIZ S.A.S.**, **ELIAZ S.A.S.**, **AQUIZ S.A.S.**, **VARCOZ S.A.S.**, **PASOZ S.A.S.**, **HARMAZ S.A.S.**, **ORTAZ S.A.S.**, **NUVEZ S.A.S.**, **SIELOZ S.A.S.**, **DOLYZ S.A.S.**, **KIEROZ S.A.S.**, **INEZ S.A.S.**, y **QUINTOZ S.A.S.**, como subordinadas, teniendo en cuenta las siguientes fechas de configuración del control:

(...)

Es preciso señalar que las sociedades subordinadas fueron admitidas a procesos de liquidación judicial en los términos de la Ley 1116 de 2006, (...), motivo por el cual es forzoso entender que a partir de ese momento cesa el control de la matriz, puesto que el artículo 50 de la mencionada Ley consagra que la declaración de liquidación judicial produce la cesación de funciones de los órganos sociales y de fiscalización de la persona jurídica, así como la separación de todos los administradores.

(...)

Ahora bien, en relación con la comunicación remitida por la sociedad **GRALIZ S.A.**, mediante el escrito radicado con número (...), es de destacar que se encuentra redactada en (idiona ...), frente a lo cual este Despacho debe señalar que el artículo 10 de la Constitución Política establece que el castellano es el idioma oficial de Colombia. A su vez el artículo 104 del Código General del Proceso establece que en el proceso deberá emplearse el idioma castellano. De lo anterior, se sigue que todas las actuaciones que se adelantan ante las autoridades colombianas deben conducirse en la lengua oficial, es decir, que la sociedad **GRALIZ S.A.** como matriz de un grupo empresarial que actúa en Colombia, tiene la carga de comunicarse en la presente investigación en castellano.

Por lo anterior, este Despacho debe considerar que la misiva en comento no cumple con los requisitos esenciales para ser tenida en cuenta como una actuación legítima dentro de la presente investigación.

No obstante, en aras de garantizar los principios de transparencia y publicidad que deben gobernar todos los actos de las autoridades administrativas, este Despacho considera pertinente recordar que:

1. La Resolución de apertura de la presente investigación, mediante la cual se formuló el cargo que devino en la sanción que nos ocupa, fue remitida a la misma dirección a la que se remitió el Oficio que precedió la comunicación enviada por **GRALIZ S.A.**, lo cual se puede constatar mediante los comprobantes de envío de correspondencia que obran en el expediente.

Dado que ningún representante o apoderado de **GRALIZ S.A.** compareció para efectuar la notificación personal, la mencionada Resolución fue notificada mediante aviso, como se da cuenta en la constancia de notificaciónn identificada con número consecutivo (...).

En otras palabras, notificación fue surtida con el lleno de los requisitos legales, por lo cual no resulta razonable admitir como defensa dentro de la presente actuación un supuesto desconocimiento acerca de las diligencias que nos ocupan.

2. En este orden de ideas, este Despacho encuentra que la vinculación de la sociedad **GRALIZ S.A.** a la presente investigación fue surtida con pleno ajuste a la ley, y que así mismo la compañía en comento no ha logrado poner de presente elementos de hecho o de derecho que justifiquen su intervención tardía de manera que fuera procedente retrotraer la actuación a una etapa anterior, o que evidencien que, en efecto, dicha compañía no es la matriz del grupo **CONZETA**, de conformidad con lo expuesto en párrafos precedentes.

3. Que el control que ejerce la sociedad **GRALIZ S.A.** sobre las sociedades del grupo ubicadas en Colombia se encuentra ampliamente demostrado conforme al material probatorio disponible en el expediente.

4. Que el oficio consecutivo (...), respecto del cual presuntamente la sociedad pregunta a qué título se pretende que se responda y los hechos sobre los que se esperaba que se pronunciara, el Despacho responde que en dicho oficio se corrió traslado a la sociedad **GRALIZ S.A.** para que pudiera formular alegatos de conclusión dentro de la presente actuación, en los términos del inciso segundo del artículo 48 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y la materia sobre la cual se esperaba su pronunciamiento era precisamente el material probatorio recaudado en el curso de la actuación administrativa.

5. Finalmente, en cuanto a los accionistas de las sociedades en Colombia y la verdadera controlante del grupo empresarial, se reitera que el control que ejerce la sociedad **GRALIZ S.A.** sobre las sociedades del grupo ubicadas en Colombia se encuentra ampliamente demostrado conforme al material probatorio disponible en el expediente.

IMPOSICIÓN DE MULTAS -

Como se advirtió en la resolución que corrió traslado del cargo formulado, de constatarse el incumplimiento al deber de inscripción del grupo empresarial, esta entidad se encuentra facultada para imponer multas hasta doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (200 SMLMV), por cada una de las omisiones o inscripciones erróneas, de conformidad con lo estipulado en los artículos 30 y 86 numeral 3 de la Ley 222 de 1995.

En este orden de ideas, se multará a la sociedad extranjera **GRALIZ S.A.**, con la suma de (...) por el incumplimiento del artículo 30 de la Ley 222 de 1995, por cada una de las subordinadas constituidas en Colombia respecto de las cuales era procedente efectuar el registro que nos ocupa.

En la graduación de la sanción, en los términos del artículo 50 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se considera que durante más de tres años no se registró correctamente el grupo empresarial que ejerce la sociedad extranjera **GRALIZ S.A.**, respecto de las sociedades **LUNAZ S.A.S.**, **TRUDIZ S.A.S.**, **ELIAZ S.A.S.**, **AQUIZ S.A.S.**, **VARCOZ S.A.S.**, **PASOZ S.A.S.**, **HARMAZ S.A.S.**, **ORTAZ S.A.S.**, **NUVEZ S.A.S.**, **SIELOZ S.A.S.**, **DOLYZ S.A.S.**, **KIEROZ S.A.S.**, **INEZ S.A.S.**, y **QUINTOZ S.A.S.**, y por el contrario, se inscribió como matriz a una sociedad que no era la verdadera matriz, de manera que se suministró información contraria a la realidad a todos los terceros, tales como acreedores, trabajadores y las autoridades, entre las cuales se encuentra esta Superintendencia, afectando así, gravemente, los intereses jurídicos tutelados por la obligación de revelación de información prevista en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995.

En verdad, tratándose de la revelación de información, resulta muy grave presentar como matriz a una entidad que en realidad no tiene esa condición, puesto que representa para los diferentes grupos de interés mencionados disponer de una información equivocada sobre la identidad de la matriz. En este sentido, la información contraria a la realidad sobre la verdadera identidad de la matriz que fue suministrada al registro mercantil, frustra y desvanece la confianza que los acreedores, trabajadores y autoridades ponían en dicha información.

Es de destacar que esta falsa información, sin duda afecta y obstruye las labores de supervisión a cargo de esta entidad y otras autoridades estatales (por ejemplo las autoridades tributarias) que ejercen actividades de supervisión en relación con los grupos empresariales.

Lo anterior, sumado a que en el lapso de más de tres años, no se dio a conocer una información que según las exigencias legales, siempre ha debido ser pública. Es así como la matriz vulneró el principio de transparencia que debe regir en las relaciones corporativas con las demás empresas y el Estado que se desprende del artículo 30 de la Ley 222 de 1995, ya que interesados no tuvieron acceso a la verdadera información relativa a la existencia del grupo empresarial como lo ordena la normatividad establecida para el efecto.

Así mismo, se aprecia como agravante, además de las circunstancias mencionadas, la circunstancia de la ausencia de información contable fidedigna y actualizada en varias de las empresas del grupo, según consta en los respectivos autos de apertura de los procesos de liquidación judicial.

No sobre señalar que este asunto resulta de especial importancia en el ámbito de los procesos de insolvencia en que están incursas todas las subordinadas involucradas en la presente investigación. Así por ejemplo, la acción para hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria de la matriz en los casos de liquidación judicial de las subordinadas, consagrada en el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006, se vería afectada gravemente por la distorsión frente a la revelación de la persona controlante, así como la aplicación de las diversas instituciones aplicables a la insolvencia de grupos empresariales previstas en la Ley 1116 de 2006, así como en el Decreto 1749 de 2011 (hoy recogidas en el Decreto 1074 de 2015).

En este punto debe tenerse en cuenta que de acuerdo con la calificación y graduación de créditos incorporadas al expediente de las sociedades **LUNAZ S.A.S.**, **KIEROZ S.A.S.** y **SIELOZ S.A.S.**, radicadas bajo los números (...), se evidencia un valor total de las acreencias de solo tres de las 14 sociedades, por un valor aproximado de (...)

CONCLUSIONES:

Tratándose de la revelación de información, resulta muy grave presentar como matriz a una entidad que en realidad no tiene esa condición, puesto que representa para los diferentes grupos de interés mencionados disponer de una información equivocada sobre la identidad de la matriz. En este sentido, la información contraria a la realidad sobre la verdadera identidad de la matriz que fue suministrada al registro mercantil, frustra y desvanece la confianza que los acreedores, trabajadores y autoridades ponían en dicha información.

Es de destacar que esta falsa información, sin duda afecta y obstruye las labores de supervisión a cargo de esta entidad y otras autoridades estatales (por ejemplo las autoridades tributarias) que ejercen actividades de supervisión en relación con los grupos empresariales.

No sobre señalar que este asunto resulta de especial importancia en el ámbito de los procesos de insolvencia en que están incursas todas las subordinadas involucradas en la presente investigación.

DESARROLLOS NORMATIVOS

DECRETO 24 DEL 12 DE ENERO DE 2016

(12 de enero de 2016)

Diario Oficial 49753 de enero 12 de 2016

Por el cual se reglamenta la Ley 1700 de 2013 sobre las actividades de comercialización en red o mercadeo multinivel en Colombia y se adiciona un capítulo al título 2 de la parte 2 del libro 2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, número 1074 de 2015, Y se dictan otras disposiciones.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En uso de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política y en el artículo 84 de la Ley 222 de 1995,

CONSIDERANDO

Que la Ley 1700 de 2013 reguló el desarrollo y el ejercicio de las actividades de comercialización en red o mercadeo multinivel.

Que el inciso 2 del artículo 1 de la Ley 1700 de 2013 dispuso que el Gobierno Nacional, al ejercer la potestad reglamentaria de dicha Ley, buscará preservar los siguientes objetivos: la transparencia en las actividades multinivel; la buena fe; la defensa de los derechos de las personas que participen en la venta y distribución de los bienes o servicios que se comercialicen bajo este método y de los consumidores que los adquieran; la protección del ahorro del público y, en general, la defensa del interés público.

Que con el fin de cumplir con dichos objetivos, es necesario fijar requisitos en cuanto al beneficio económico que se puede percibir por la actividad; el conocimiento de las condiciones bajo las cuales se regirán las relaciones comerciales entre las sociedades y los vendedores independientes; la forma societaria que deben adoptar las empresas que desarrollan actividades de comercialización en red o mercadeo multinivel en Colombia y su representante comercial.

Que la Ley 1700 de 2013 le atribuye a la Superintendencia de Sociedades facultades para la inspección, vigilancia y control de las empresas que desarrollan

actividades de comercialización en red o mercadeo multinivel y sus actividades, las cuales deben ser reglamentadas con el fin de precisar el alcance de la supervisión que ejerce y prevenir que estas sociedades incurran en conductas contrarias a la normativa aplicable, especialmente en lo relativo a la captación de dineros del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente.

Que es potestad del Presidente de la República determinar las sociedades que estarán sometidas a vigilancia.

Que el 26 de mayo de 2015 fue expedido el Decreto 1074, Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, norma que se encargó de compilar y racionalizar las normas de carácter reglamentario que rigen en el sector para contar con un instrumento jurídico único para el mismo.

Que es necesario realizar la inclusión de normas que por su materia deben hacer parte del mismo.

Que el proyecto de Decreto fue sometido a consulta pública, de acuerdo a lo establecido en el artículo 8 de la Ley 1437 de 2011.

DECRETA

ARTICULO 1. Adiciónese un Capítulo al título 2 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1074 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, el cual quedará así:

"CAPÍTULO 50

REGLAMENTACIÓN DE LA LEY 1700 DE 2013 SOBRE LAS ACTIVIDADES DE COMERCIALIZACIÓN EN RED O MERCADEO MULTINIVEL EN COLOMBIA

Artículo 2.2.2.50.1. Compensación o beneficio económico. El monto de la compensación o beneficio económico que la sociedad que realice actividades multinivel le pague al vendedor independiente, de que trata el numeral 2 del artículo 20 de la Ley 1700 de 2013, deberá guardar una relación de causalidad directa con la venta de los bienes y servicios que sean objeto de la actividad de la sociedad. El sólo hecho de vincular nuevas personas a la red comercial de la actividad de multinivel no podrá dar lugar a beneficio económico o compensación de ninguna naturaleza aunque ella se realice por medio de reembolso.

Artículo 2.2.2.50.2. Conocimiento de los planes de compensación y condiciones contractuales. Las sociedades y las sucursales de sociedades extranjeras que realicen la comercialización de sus productos o servicios en red o a través del mercadeo multinivel deben dar a conocer al vendedor independiente, de manera previa a la firma del contrato, el contenido del plan de compensación a que se refiere el artículo 6° de la Ley 1700 de 2013, así como todos los demás documentos en los cuales se incluyan condiciones que puedan afectar el desarrollo de la relación contractual, tales como códigos de ética, códigos de conducta, términos y condiciones o políticas de la sociedad.

El plan de compensación deberá encontrarse a disposición de los vendedores independientes de manera permanente en la oficina abierta al público y en la página web de la sociedad si cuenta con esta.

Artículo 2.2.2.50.3. La compañía multinivel y el representante comercial. Para efectos del cumplimiento de la obligación establecida en el parágrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1700 de 2013, tanto las compañías que ofrezcan bienes o servicios en Colombia, a través de la comercialización en red o mercadeo multinivel, como los representantes comerciales que desarrollen esta actividad, deben ser sociedades mercantiles constituidas de conformidad con la legislación colombiana. Las sociedades extranjeras que pretendan desarrollar directamente en Colombia la actividad de mercadeo multinivel, deberán establecer una sucursal en territorio colombiano.

Las personas naturales no podrán ser representantes comerciales de sociedades extranjeras que cumplan actividades de comercialización en red o mercadeo multinivel, ni realizar directamente dichas actividades en Colombia.

Artículo 2.2.2.50.4. Suspensión inmediata de la actividad de comercialización en red o mercadeo multinivel. Cuando la Superintendencia de Sociedades para proteger el ahorro del público o defender el interés general, deba emitir la orden de suspensión preventiva de que trata el numeral 4° del artículo 8° de la Ley 1700 de 2013, esta se cumplirá de manera inmediata y se mantendrá hasta que la sociedad acredite haber subsanado los hechos que dieron origen a la suspensión. La medida preventiva se hará efectiva, sin perjuicio de que se interpongan los recursos a que hubiere lugar durante su vigencia.

En el evento de que exista evidencia que le permita suponer razonablemente a la Superintendencia de Sociedades que los bienes o servicios comercializados o promovidos por una sociedad dedicada al mercadeo multinivel puedan encontrarse dentro de aquellos prohibidos por el artículo 11 de la Ley 1700 de 2013, la Superintendencia podrá ordenar la inmediata suspensión de la actividad, mientras se obtiene el concepto técnico de que trata el parágrafo del artículo 7° de la Ley 1700 de 2013.

Artículo 2.2.2.50.5. Facultades administrativas de la Superintendencia de Sociedades. Cuando se advierta que a través de la actividad de comercialización en red o mercadeo multinivel se realizan operaciones de captación o recaudo sin la debida autorización estatal, la Superintendencia de Sociedades ejercerá de inmediato las facultades de intervención otorgadas por el Decreto 4334 de 2008.

Artículo 2.2.2.50.6. Vigilancia de la actividad multinivel. La Superintendencia de Sociedades ejercerá la vigilancia de las sociedades comerciales y las sucursales de sociedades extranjeras que lleven a cabo la comercialización en red de sus productos o a través de los sistemas de mercadeo multinivel y de sus actividades, de conformidad con lo establecido en los artículos 70 y 8° de la Ley 1700 de 2013 y 82 a 87 de la Ley 222 de 1995.

Parágrafo. En cualquier caso, la Superintendencia de Sociedades mantendrá la facultad de sancionar el ejercicio irregular o indebido de la actividad de comercialización en red o mercadeo multinivel por parte de personas no habilitadas para el efecto."

ARTÍCULO 2. Adiciónese el numeral 7° al artículo 2.2.2.1.1.5 del Decreto 1074 del 2015, el cual tendrá el siguiente texto:

"7. Las sociedades comerciales y las sucursales de sociedad extranjera que dentro de su objeto social incluyan la comercialización de sus productos o servicios en red o a través de mercadeo multinivel."

ARTÍCULO 3. Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

DECRETO 1348 DE 2016

(22 de agosto de 2016)

Diario oficial 49.973, agosto 22 de 2016

Por el cual se reglamentan la revelación de Información y la gestión de riesgos en la venta y administración de operaciones de libranza efectuadas al amparo de la Ley 1527 de 2012, se adiciona un Capítulo al Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 y se modifica la Sección 2 del Capítulo 49 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, número 1074 de 2015.

El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en los numerales 11 y 24 del artículo 189 de la Constitución Política, y

CONSIDERANDO:

Que por la importancia que la venta y administración de cartera de operaciones de libranza efectuadas al amparo de la Ley 1527 de 2012 tienen para la economía como mecanismo de financiamiento, estas actividades deben realizarse en adecuadas condiciones de seguridad y transparencia.

Que es conveniente que los riesgos inherentes a las operaciones de venta y administración de cartera de operaciones de libranza sean revelados a los compradores por parte del vendedor.

Que en consecuencia, para los fines antes señalados, se requiere reglamentar la revelación de información y la gestión de riesgos en la venta y administración de cartera correspondiente a operaciones de libranza.

Que el proyecto de decreto fue sometido a consulta pública, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8º la Ley 1437 de 2011, mediante su publicación en el sitio web del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y la Superintendencia de Sociedades,

DECRETA:

ARTÍCULO 1º. Adiciónase el Capítulo 54 al Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1074 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, el cual quedará así:

“CAPÍTULO 54

De la revelación de información y la gestión de riesgos en la venta y administración de operaciones de libranza por parte de entidades no vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia

Artículo 2.2.2.54.1. Objeto. El objeto de este capítulo es reglamentar la revelación de información y la administración de riesgos en la venta y administración de cartera correspondiente a operaciones de libranza efectuadas al amparo de la Ley 1527 de 2012, bien sea que la venta se haga con responsabilidad cambiaría del vendedor o sin ella, o en el caso de cesión, con garantía de solvencia del deudor o sin ella.

Las disposiciones contempladas en el presente decreto se aplicarán siempre que el comprador y el vendedor sean personas no sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, de conformidad con las definiciones aquí previstas.

Artículo 2.2.2.54.2. Definiciones. Para los efectos de este capítulo, se utilizarán las siguientes definiciones:

- 1. Administración:** Es la operación en la cual los recaudos de la cartera de las libranzas los realizará el vendedor o un tercero, sin perjuicio de que se asuman gestiones adicionales.
- 2. Administrador de los créditos libranza:** Es el vendedor o tercero que en virtud de un mandato administra y recauda los flujos correspondientes a las amortizaciones de los créditos libranza.
- 3. Comprador:** Es la persona natural o jurídica que adquiere cartera correspondiente a operaciones de libranza efectuadas al amparo de la Ley 1527 de 2012, en las cuales obre como vendedor una sociedad comercial, asociación mutual, pre cooperativa, cooperativa, fondo de empleados o caja de compensación que realicen estas operaciones.
- 4. Depositario o custodio:** Es la entidad que almacena los pagarés que garantizan los créditos libranza.
- 5. Deudor:** Es el deudor del crédito libranza.
- 6. Empleador o entidad pagadora, pagaduría o pagador:** Es la persona natural o jurídica definida en el literal b) del artículo 2° de la Ley 1527 de 2012.

- 7. Pago anticipado o prepago:** Es el pago total o parcial de la obligación antes de la fecha final pactada con el originador o entidad operadora.
- 8. Prima:** Es la diferencia entre la tasa de interés pactada al momento de originar el crédito objeto de la libranza y la tasa de descuento de los flujos correspondientes a dicha operación, en su venta.
- 9. Vendedor:** Es una sociedad comercial, asociación mutual, pre cooperativa, cooperativa, fondo de empleados o caja de compensación, que realicen la venta de cartera de operaciones de libranza efectuadas al amparo de la Ley 1527 de 2012, bien sea que la venta se haga con responsabilidad cambiaría del vendedor o sin ella.

Artículo 2.2.2.54.3. Obligación de información sobre los riesgos de la operación. Previamente a la celebración del contrato de venta y administración, el vendedor del título de crédito libranza deberá informar al comprador sobre los riesgos de la operación, de lo cual deberá quedar una constancia escrita firmada por el comprador sobre las siguientes advertencias:

1. Que le informaron acerca de los siguientes riesgos de la operación de libranza que pueden afectar el recaudo de las amortizaciones del crédito esperado por el comprador, así como de la posibilidad de que el descuento de nómina, honorarios o pensiones no opere, y de otros que se especifiquen en la constancia escrita que firme el Comprador. La constancia escrita de que trata el presente artículo deberá incluir cuando menos los siguientes riesgos: que el deudor podría incumplir la obligación; que la obligación sea pagada anticipadamente; que el salario o pensión del deudor sean objeto de medidas cautelares por parte de otros acreedores; que podría ocurrir la terminación o cambio de la relación jurídica entre el deudor y la entidad pagadora; que podrían darse modificaciones en la periodicidad de pago y monto de las cuotas por parte del deudor por cambios en la capacidad de descuento al deudor; que podrían originarse riesgos de los regímenes laborales o pensionales de los deudores que afecten la capacidad de descuento; que podrían originarse riesgos que afecten la solvencia de las entidades que participan en la operación (entidad pagadora, vendedores).
2. Que le informaron los resultados de los últimos tres (3) meses previos a la firma del contrato de los indicadores “Calidad de cartera vendida con responsabilidad”, “Calidad de cartera vendida sin responsabilidad”, “Cartera propia” y “Endeudamiento” de que trata este capítulo, tanto del vendedor como del tercero que administre la cartera, de ser el caso.

3. Que le informaron todo vínculo existente entre los administradores, asociados o cooperados del vendedor con los administradores, asociados o cooperados de la entidad a la que adquirió la cartera vendida y el administrador.
4. Que le informaron sobre la inexistencia de conflictos de interés, en los términos del Capítulo 3 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del presente decreto, en las operaciones de libranza objeto de la venta y en los contratos para la adquisición o administración de los créditos libranza vendidos, o, en el caso de que los hubiere, que los mismos le fueron revelados.
5. Que le informaron sobre los procedimientos a seguir en caso de incumplimiento por parte del vendedor, entidad operadora u originador, empleador o del deudor primigenio de la libranza.
6. Que le informaron que la compra de cartera correspondiente a operaciones de libranza no implica un rendimiento garantizado y que los recursos entregados no cuentan con garantía del seguro de depósito o de crédito en la operación.
7. Que en los eventos en que el vendedor o administrador de los créditos de libranza no sean entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, se informó al comprador expresamente sobre este hecho.
8. Si quien obra como vendedor o administrador de los créditos libranza es una sociedad, que las funciones de inspección, vigilancia y control que corresponden a la Superintendencia de Sociedades, de conformidad con los artículos 82 a 85 de la Ley 222 de 1995, son de naturaleza subjetiva, de manera que se circunscriben a los asuntos societarios de la sociedad vendedora, más no a la relación de compraventa entre ella y el comprador.
9. Si el vendedor o administrador de los créditos libranza es una entidad cooperativa sujeta a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de la Economía Solidaria, que corresponde a dicha entidad velar por el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el presente capítulo.
10. Que las funciones de fiscalización o supervisión estatal que diferentes autoridades pueden ejercer sobre los distintos intervinientes en la operación, no implican certificación ni garantía sobre la solvencia de los mismos.

Parágrafo 1°. Al momento de celebrar el contrato, se deberán informar al comprador con exactitud las operaciones de libranza objeto de la venta, con

indicación de su fecha de celebración, identificación del deudor (nombre completo, documento de identificación y domicilio), número de título valor, entidad pagadora, entidad operadora u originador, saldo de capital a la fecha de venta, tasa de interés efectiva, indicación de si se encuentran al día, en mora o vencidas, periodicidad de los descuentos del salario, honorarios o pensión del deudor, si el deudor cuenta con reportes negativos en centrales de riesgo, en donde se encuentran custodiados y el procedimiento de acceso a los pagarés en casos de incumplimientos, si existe o no un mecanismo de recaudo y pagos, o un negocio fiduciario para tal fin, y qué rol juegan estos en la transacción.

De igual forma, el comprador deberá recibir junto con la anterior información los siguientes documentos: 1) Copia del título valor que instrumenta el crédito libranza comprado, 2) copia de la solicitud de crédito del deudor, 3) copia del estudio de crédito realizado por el originador al deudor y 4) copia de la historia de crédito del deudor expedida por las centrales de riesgo autorizadas obtenida por parte de la entidad operadora u originador al momento de otorgar el crédito libranza.

Parágrafo 2°. Posteriormente, durante la vigencia de la operación, el comprador deberá ser informado por el vendedor, al menos trimestralmente, sobre el estado de la cartera de créditos objeto de la operación, con indicación de los eventos de mora, incumplimientos declarados, pagos anticipados, fallecimiento de los deudores, cambios en la situación laboral y demás información relevante que pueda afectar el desempeño de la cartera comprada.

Parágrafo 3°. A partir de la entrada en vigencia del presente capítulo, las entidades de inspección, vigilancia y control supervisarán el cumplimiento de las obligaciones aquí contenidas.

Parágrafo 4°. Cuando el comprador sea una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, las condiciones de información sobre los riesgos de la operación de que trata este artículo serán las acordadas entre las partes con plena observancia de las instrucciones impartidas para tal efecto por dicha Superintendencia.

Artículo 2.2.2.54.4. Gestión de riesgos en la administración de las libranzas vendidas. La administración de los créditos libranza vendidos deberá ser efectuada por una persona jurídica inscrita en el RUNEOL, cuyo objeto social y régimen legal le permitan adelantar dicha actividad. Para la gestión de riesgos, el contrato de administración de libranzas deberá establecer como mínimo lo siguiente:

1. Que en caso de pago total o parcial anticipado del crédito libranza por parte del deudor o un tercero, el pago deberá ser trasladado por el administrador al comprador en el término pactado o, a falta de ello, en el término de un mes.

2. Que el crédito libranza parcial o totalmente pagado anticipadamente no podrá ser reemplazado por otro, ni siquiera a cargo del mismo deudor, a menos que así se haya estipulado expresamente entre las partes.
3. La obligación del vendedor de transferir al comprador los pagos de cuotas que efectúe el deudor del crédito libranza, con su misma periodicidad de pago, o en el término pactado.
4. La obligación de emitir a favor del comprador, en el término pactado o, a falta de ello, mensualmente, extractos sobre el estado del crédito libranza vendido y, en particular, sobre cualquier novedad respecto de este.

En especial, el extracto deberá advertir si se realizó un pago anticipado y, en el caso de que haya habido una sustitución del crédito libranza, se deberán informar los datos y entregar los documentos señalados en el párrafo 1 del artículo anterior.

5. La obligación de establecer controles para evitar que por errores operativos se venda el mismo crédito libranza a diferentes compradores.

Parágrafo 1°. Si quien efectúa la administración es un tercero, tanto el administrador como el vendedor serán responsables solidariamente por el cumplimiento de las obligaciones previstas en este capítulo.

Parágrafo 2°. En el caso de la venta de cartera con responsabilidad, el vendedor deberá implementar mecanismos para gestionar los riesgos que puedan ocasionar el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, en particular los derivados de los pagos anticipados de los créditos y la sustitución de los créditos libranza.

Parágrafo 3°. El comprador de los créditos libranza podrá efectuar por sí mismo la administración y recaudo de los créditos adquiridos, de cumplir con las condiciones establecidas por este artículo.

Parágrafo 4°. Las cámaras de comercio habilitarán la inscripción en el RONEOL de los administradores de créditos libranza que no tengan la calidad de entidades operadoras de créditos libranza u originador.

Artículo 2.2.2.54.5. Revelación de la sustitución de los créditos libranza. En el evento que el vendedor, que además sea administrador del crédito libranza, se haya obligado a reemplazar el crédito de libranza por mora o por cualquier evento previamente pactado, dicha sustitución o reemplazo deberá ser puesta en conocimiento del comprador en el extracto, informando los datos de la nueva libranza, el plan de pagos del crédito nuevo y el monto mensual de amortización,

así como los datos y documentos previstos en el parágrafo 1 del artículo 2.2.2.54.3. del presente decreto.

Artículo 2.2.2.54.6. Gestión de los riesgos operativos de la operación de venta de cartera y atención de compradores. Los administradores de las sociedades comerciales, asociaciones mutuales, pre cooperativas o cooperativas, fondos de empleados y las cajas de compensación familiar, que se dediquen a la venta de cartera correspondiente a operaciones de libranza a favor de personas naturales o jurídicas no inscritas en el RUNEOL, deberán implementar los siguientes controles sobre sus operaciones, cuya implementación podrá ser verificada por las entidades de supervisión:

1. Contratar con un tercero independiente no menos de cuatro (4) auditorías anuales, con el propósito de constatar:
 - 1.1. La existencia y estado de los créditos libranza administrados, así como su concordancia frente a los títulos valores y documentos correspondientes a dichos créditos.
 - 1.2. La transferencia efectiva de los recaudos a los tenedores legítimos del título valor que instrumenta el crédito libranza, no a nivel agregado sino por título valor.
 - 1.3. Conciliaciones entre la información disponible entre el originador, el administrador - vendedor, el custodio, si lo hay, y el negocio fiduciario de administración y pagos, si lo hay, incluyendo inventario de títulos valores, flujos de efectivo y estado de la cartera.

En caso de que se adviertan irregularidades en estos informes, deberán ser puestos en conocimiento de los compradores respectivos en el siguiente extracto, así como de la autoridad que ejerza la inspección, vigilancia y control del auditado.

2. Por cada entidad pagadora y originadora se deberán tener cuentas separadas para el recaudo de las libranzas.
3. Conservar y permitir el acceso a los compradores de los reportes de nómina correspondientes al descuento directo, así como del estado de cuenta del crédito libranza.
4. Contar con mecanismos tecnológicos que le permitan controlar y contabilizar oportuna y adecuadamente los recaudos y pagos de las libranzas.

5. Contar con un sistema de administración de riesgo que evite que las operaciones que se realicen puedan ser utilizadas para el lavado de activos y la financiación de actividades terroristas, conforme a dispuesto en el artículo 8° de la Ley 1231 de 2008, modificado por el artículo 88 de la Ley 1676 de 2013.
6. Contar con una oficina de atención al comprador, que esté en capacidad de informar sobre el estado de los créditos libranzas comprados y atender y procesar quejas y reclamos.

Parágrafo. En caso de que se contrate un depositario o custodio para los títulos valores y documentos de las libranzas vendidas, el mismo deberá recibir los documentos debidamente inventariados, para lo cual deberá constatar previamente su originalidad.

Artículo 2.2.2.54.7. Revelación de los estados financieros y de indicadores de calidad de cartera y solvencia del vendedor. Las sociedades comerciales, asociaciones mutuales, pre cooperativa o cooperativas, fondos de empleados y las cajas de compensación familiar, que efectúen operaciones de venta de libranzas o actúen como administradoras de las mismas, deberán contar con un sitio de internet en la cual permanezcan publicados los últimos estados de situación financiera y estados de resultados de fin de ejercicio que la administración de la sociedad haya elaborado, y los siguientes indicadores y los valores con base en los cuales se calcularon:

1. Calidad de cartera vendida con responsabilidad: Corresponderá a la siguiente fórmula:

$$(VTCA / VTC1) * 100 = \text{Indicador de calidad de cartera.}$$

VTCA: Valor total de capital de los créditos libranza vendidos con responsabilidad cambiaria, o de cesión con garantía de solvencia del deudor, que se encuentren en mora a la fecha de cálculo del indicador.

VTC1: Valor total de capital de los créditos libranza vendidos con responsabilidad cambiaria, o de cesión con garantía de solvencia del deudor, a la fecha de cálculo del indicador.

2. Calidad de cartera vendida sin responsabilidad: Corresponderá a la siguiente fórmula:

$$(VTCB / VTC2) * 100 = \text{Indicador de calidad de cartera.}$$

VTGB: Valor total de capital de los créditos libranza vendidos sin responsabilidad cambiaria, o de cesión sin garantía de solvencia del deudor, que se encuentren en mora a la fecha de cálculo del indicador.

VTC2: Valor total de capital de los créditos libranza vendidos sin responsabilidad cambiaria, o de cesión sin garantía de solvencia del deudor, a la fecha de cálculo del indicador.

3. Calidad de cartera propia: Corresponderá a la siguiente fórmula:

$$(VTCC / VTC3) * 100 = \text{Indicador de calidad de cartera.}$$

VTCC: Valor total de capital de los créditos libranza propios del vendedor que no han sido vendidos, que se encuentren en mora a la fecha de cálculo del indicador.

VTC3: Valor total de capital de los créditos libranza propios del vendedor que no han sido vendidos a la fecha de cálculo del indicador.

4. Endeudamiento: Corresponderá a la siguiente fórmula:

$$(\text{Pasivo} / \text{Patrimonio}) = \text{Endeudamiento.}$$

Pasivo: Saldo de la cuenta de pasivo en la contabilidad de la sociedad, que deberá incluir el valor total de capital de créditos libranza vendidos con responsabilidad cambiaria o cedidas con garantía de solvencia del deudor, a la fecha de cálculo del indicador.

Patrimonio: Corresponderá al saldo de la cuenta de patrimonio en la contabilidad de la sociedad a la fecha de cálculo del indicador, descontado el valor de la cuenta de revalorización del patrimonio que no haya sido capitalizada.

Parágrafo 1°. Estos indicadores deberán ser calculados mensualmente dentro de los primeros veinte (20) días calendario de cada mes, con fecha de corte del último día del mes inmediatamente anterior.

Parágrafo 2°. Los indicadores deberán publicarse el vigesimoprimer (21) día calendario de cada mes. En la página web deberá mantenerse publicada la serie de los indicadores correspondiente a los últimos 24 meses.

Artículo 2.2.2.54.8. De los revisores fiscales. El cumplimiento de las obligaciones aquí previstas por parte de las sociedades comerciales, asociaciones mutuales, pre cooperativas o cooperativas, fondos de empleados y las cajas de compensación familiar que efectúen operaciones de venta de créditos libranza,

deberá ser objeto de seguimiento por parte de sus revisores fiscales en el marco de sus planes de auditoría, y podrá ser objeto de verificación por parte de los respectivos organismos de control y vigilancia, que adelantarán los correspondientes procesos sancionatorios en caso de advertir su incumplimiento.

Artículo 2.2.2.54.9. Obligación especial de las pagadurías. En el evento de una cesión de crédito libranza, el vendedor deberá informar de la cesión o venta a la pagaduría, dando cuenta de ello al comprador. La pagaduría, una vez informada de la cesión, seguirá las instrucciones de pago del descuento dadas por el comprador de los créditos libranza, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 3° de la Ley 1527 de 2012. En el evento anterior, el tenedor legítimo podrá solicitarle a la pagaduría la información correspondiente al último reporte de nómina de los créditos libranza de su propiedad.

En caso de que se ordene la intervención o liquidación de una sociedad comercial, asociación mutual, pre cooperativa o cooperativa, fondo de empleados o una caja de compensación que administre créditos libranza, la Superintendencia respectiva, en caso de que el tenedor legítimo del crédito libranza acceda a mantener el mandato de administración, podrá ordenar a los respectivos empleadores o entidades pagadoras que el importe de las libranzas sea consignado a favor de la persona jurídica intervenida o en liquidación, encargo fiduciario o fiducia mercantil que la autoridad haya dispuesto, y tal orden deberá ser acatada por las pagadurías.

Parágrafo. En caso de liquidación privada del vendedor, sus administradores deberán tomar las medidas necesarias para que la administración de las libranzas sea asumida por un negocio fiduciario cuya constitución deberá ser informada a los respectivos empleadores o entidades pagadoras para que procedan a efectuar los pagos a dicho negocio.

ARTÍCULO 2°. Modificase la Sección 2 del Capítulo 49 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1074 de 2015, la cual quedará así:

**“SECCIÓN 2
TRÁMITE PARA LA ANOTACIÓN EN EL REGISTRO ÚNICO NACIONAL DE
ENTIDADES OPERADORAS DE LIBRANZA O DESCUENTO DIRECTO
(RUNEOL)**

Artículo 2.2.2.49.2.1. Registro de usuarios para el uso de la plataforma electrónica del Registro Único Nacional de Entidades Operadoras de Libranzas. Las Entidades Operadoras de Libranza solicitarán a la Cámara de Comercio las anotaciones electrónicas de su inscripción, actualización, renovación

o cancelación voluntaria a través del servicio electrónico dispuesto para ello en la página web del Registro Único Empresarial y Social (RUES). Para el uso de la plataforma, los operadores de libranza deberán crear previamente una cuenta de usuario que permitirá validar su acceso al servicio, así como verificar la identidad del sujeto que realiza la transacción.

Artículo 2.2.2.49.2.2. Requisitos generales para la anotación electrónica en el RUNEOL. Para efectos de la anotación electrónica en el RUNEOL, el operador deberá cumplir los siguientes requisitos:

1. Diligenciar totalmente los campos del formulario electrónico dispuesto para tal efecto.
2. Adjuntar copia digital del certificado de vigencia del contrato con bancos de datos de información financiera, crediticia y de servicios, donde se acredite la obligación de reportar la información a dichas entidades, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 5o de la Ley 1527 de 2012.

Parágrafo 1°. Las sociedades comerciales, las sociedades mutuales, las cooperativas y los Institutos de Fomento y Desarrollo Regional (INFIS), deberán contemplar explícitamente en su objeto social la realización de operaciones de libranza, el origen lícito de sus recursos y cumplir con las demás exigencias legales vigentes.

Parágrafo 2°. Las entidades operadoras de libranza que por su naturaleza jurídica o su régimen especial no se inscriben en el Registro Mercantil o en el Registro de Entidades sin Ánimo de Lucro de las Cámaras de Comercio, deberán acreditar su existencia y representación legal con el certificado o documento equivalente expedido por la entidad que reconoce su personería jurídica, con una vigencia no superior a treinta (30) días.

Artículo 2.2.2.49.2.3. Solicitud de anotación electrónica de inscripción en el RUNEOL. La solicitud de la anotación electrónica de inscripción se hará a través del Registro Único Empresarial y Social (RUES), mediante el diligenciamiento del formulario único electrónico adoptado por las Cámaras de Comercio, al cual se anexará digitalmente la documentación exigida en el presente capítulo.

La información mínima obligatoria que debe contener el formulario será:

1. Nombre o razón social.
2. NIT.
3. Domicilio principal.

4. Dirección.
5. Teléfono.
6. Dirección de notificación.
7. Correo electrónico.
8. Nombre del representante legal, tipo y número de identificación.
9. Entidad que ejerce vigilancia o control sobre el operador.

Para el caso de los patrimonios autónomos, dicho requisito se cumplirá con la prueba como persona jurídica de la entidad administradora del mismo y la certificación de existencia del patrimonio autónomo expedido por dicha entidad administradora. Adicionalmente, se deberá identificar el contrato de fiducia mercantil, número de contrato, nombre del patrimonio autónomo y el NIT.

A cada entidad operadora de libranza o de descuento directo que cumpla con todos los requisitos, se le asignará un código único de reconocimiento a nivel nacional, el cual contendrá como parte principal el Número de Identificación Tributaria (NIT), y se le abrirá un expediente virtual en el cual se archivarán los documentos relacionados con su anotación electrónica de inscripción como operador. Por lo tanto, ningún operador podrá identificarse con un código único de reconocimiento diferente al asignado.

Artículo 2.2.2.49.2.4. Verificación de información. Las Cámaras de Comercio deberán verificar la vigencia de la certificación expedida por los bancos de datos de información financiera, crediticia, comercial y de servicios, donde se acredite la obligación de reportar la información de las operaciones de libranza a dichas entidades.

En el caso de las sociedades comerciales, la verificación se hará contra los archivos del RUES y en el caso de los INFIS, contra los documentos que autorizan su creación y sus estatutos, en los términos del parágrafo 1° del artículo 2.2.2.49.2.2. de este decreto.

Así mismo, cuando se trate de patrimonios autónomos la verificación se hará con el certificado de vigencia del contrato de fiducia mercantil, el cual señale expresamente que el objeto del contrato permite la realización de operaciones de libranza o de descuento directo.

Parágrafo 1°. Los documentos a que se hace referencia en el presente artículo deberán tener una vigencia no mayor a treinta (30) días calendario.

Parágrafo 2°. En el caso de procesos de titularización de créditos de libranzas, las sociedades titularizadoras que tengan la calidad de entidades cesionarias deberán registrarse como operadoras de libranza en los casos en que no tengan un administrador de los créditos designados en el proceso de titularización correspondiente y deben recibir los pagos de manera directa. En los demás eventos el administrador será quien deba estar registrado.

Artículo 2.2.2.49.2.5. Formulario Único Electrónico. Las Cámaras de Comercio, adoptarán el formulario único aprobado por la Superintendencia de Industria y Comercio, para solicitar la anotación electrónica de inscripción, actualización, renovación y cancelación. Dicho formulario se entenderá incorporado al formulario de Registro Único Empresarial y Social (RUES) como uno de sus anexos.

Artículo 2.2.2.49.2.6. Trámite para la anotación electrónica de inscripción en el Registro Único Nacional de Entidades Operadoras de Libranza o Descuento Directo.

Para efectos de la anotación electrónica de inscripción en el RUES, los interesados deberán seguir el trámite que se indica a continuación, ante la Cámara de Comercio correspondiente al domicilio que tenga el operador:

1. La entidad operadora de libranzas o descuento directo interesada deberá, por intermedio de su representante legal o en el caso de los patrimonios autónomos del representante legal de la sociedad fiduciaria, diligenciar el formulario único electrónico de inscripción inicial a través de la página web del RUES.
2. Las Cámaras de Comercio tendrán un término de quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud, para revisar el formulario electrónico y los documentos soportes requeridos para la anotación electrónica de inscripción.
3. En caso de presentarse errores o inexactitudes susceptibles de ser subsanadas, las Cámaras de Comercio informarán de tal situación al solicitante vía correo electrónico, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud. El solicitante tendrá hasta un (1) mes contado a partir del requerimiento de las Cámaras de Comercio para completar o hacer los ajustes que correspondan a la solicitud.
4. En el evento en que el solicitante no subsane la solicitud dentro del término señalado se entenderá que ha desistido del trámite, en los términos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).
5. Si la solicitud se ajusta a los requerimientos exigidos, las Cámaras de Comercio, procederán a la asignación del Código Único de Reconocimiento a nivel nacional al que se refiere el inciso segundo del artículo 14 de la Ley 1527 de 2012,

y lo publicarán en la página web del Registro Único Empresarial y Social (RUES), al mismo tiempo que informa al operador de esta situación a través de correo electrónico.

Una vez efectuada la anotación electrónica de inscripción del operador en el RUNEOL, para realizar correcciones, cambios o adicionar información al registro, el interesado deberá realizar el trámite establecido en el artículo 2.2.2.49.2.7 del presente capítulo.

Artículo 2.2.2.49.2.7. Actualización de la información del RUNEOL. Cuando se presenten cambios en los datos que obren en el Registro Único Nacional de Entidades Operadoras de Libranza o descuento directo, el operador deberá diligenciar el formulario de actualización con los datos que pretende modificar, acompañado de los documentos en formato digital pertinentes que acrediten la actualización.

Cuando en alguno de los registros administrados por las Cámaras de Comercio se surta una modificación o actualización, que modifique la información mínima obligatoria prevista en el artículo 2.2.2.49.2.3. de este decreto, la misma se deberá actualizar de manera automática en el RUNEOL.

Parágrafo 1°. Las sanciones en firme impuestas por las Superintendencias, a los operadores de libranza o descuento directo, deberán ser reportadas por estas a la Cámara de Comercio correspondiente para ser publicadas en el RUNEOL.

Parágrafo 2°. Para efectos de la actualización del RUNEOL, se seguirá el trámite y términos establecidos en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 2.2.2.49.2.6. del presente decreto. Una vez transcurridos dichos términos, si la Cámara de Comercio encuentra que la solicitud se ajusta a los requerimientos exigidos, procederá con la actualización, según sea el caso.

Artículo 2.2.2.49.2.8. Renovación Anual del RUNEOL. El Registro Único Nacional de Entidades Operadoras de Libranza o Descuento Directo (RUNEOL), tendrá una vigencia anual y deberá renovarse dentro del período comprendido entre el 1° de enero y el 31 de marzo de cada año, sin importar cuál hubiere sido la fecha de la inscripción inicial o renovación por parte del operador de libranzas o descuento directo.

Parágrafo 1°. Si el interesado no solicita la renovación del Registro Único Nacional de Entidades Operadoras de Libranza o Descuento Directo dentro del término establecido, cesarán sus efectos, así como la solidaridad del empleador o entidad pagadora en el pago o descuento con destino al operador, respecto de los desembolsos realizados con posterioridad a la no renovación, hasta tanto realice una nueva inscripción y le sea otorgado un nuevo Código Único de Reconocimiento que lo acredite como operador de libranza o descuento directo.

La cesación de los efectos a que se refiere el párrafo anterior no tiene carácter sancionatorio y, en consecuencia, la existencia de periodos continuos de permanencia en el registro no podrá ser exigida como requisito para celebrar operaciones de libranza o descuento directo, sin perjuicio de que el Código Único de Reconocimiento sea solicitado nuevamente con posterioridad.

La cesación de efectos antes mencionada, no afecta la obligación principal contraída entre los asalariados, contratistas, afiliados o pensionados y la entidad operadora de libranza.

Parágrafo 2°. Para efectos de la renovación del RONEOL, se seguirá el trámite y términos establecidos en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 2.2.2.49.2.6. del presente decreto. Una vez transcurridos dichos términos, si la Cámara de Comercio encuentra que la solicitud se ajusta a los requerimientos exigidos, procederá con la renovación.

Artículo 2.2.2.49.2.9. Abstención de la inscripción, actualización o renovación. La Cámara de Comercio, se abstendrá de realizar la inscripción, actualización o renovación, en los siguientes eventos:

1. Cuando existan diferencias o inconsistencias entre la información consignada en el formulario y la documentación de soporte establecida en este capítulo.
2. Cuando no se adjunten los documentos digitales necesarios; cuando se presenten sin las formalidades requeridas; cuando los datos contenidos en el formulario presentado por el operador no coincidan con los contenidos en el registro mercantil o cuando los documentos no contengan los datos e información que se exige para cada uno de ellos.
3. Cuando la duración del operador se encuentre vencida o la entidad se encuentre en período liquidatorio, de conformidad con el certificado de existencia y representación legal.
4. Cuando no se ha cumplido con la obligación de renovación de la matrícula mercantil o del registro correspondiente.
5. Cuando se haya suspendido o perdido la personería jurídica del operador de libranza o descuento directo.
6. Cuando se encuentre que no cumple con los requisitos establecidos en el literal c) del artículo 2° de la Ley 1527 de 2012, o lo establecido en el inciso 1 del artículo 143 de la Ley 1753 de 2015.

La Cámara de Comercio informará a la entidad operadora de libranza o descuento directo, de manera virtual, las razones de la abstención; una vez el operador realice las correcciones del caso, podrá presentar nuevamente los documentos para proseguir con el trámite correspondiente.

Parágrafo. La anotación electrónica, los requerimientos y la publicidad en el RONEOL, son meros actos de trámite y contra ellos no procede recurso alguno.

Artículo 2.2.2.49.2.10. Causales de cancelación del código único de reconocimiento de operadores de libranza o descuento directo. Son causales para la cancelación del Código Único de Reconocimiento otorgado para descuentos por nómina a través de libranza las siguientes:

1. Suspensión o pérdida de la personería jurídica del operador de libranza o descuento directo.
2. Disolución, fusión, escisión o liquidación de la empresa, entidad, asociación o cooperativa que actúa como operador de libranza o descuento directo y esta sea la entidad disuelta, absorbida, escindida o liquidada.
3. No adjuntar los documentos soportes actualizados para la renovación del registro, dentro del plazo establecido en el artículo 2.2.2.49.2.8. del presente decreto.
4. Por solicitud escrita allegada de manera virtual por el representante legal del operador de libranza o descuento directo.
5. Por orden judicial o de la autoridad de vigilancia, supervisión y control correspondiente.
6. Cuando con posterioridad a la inscripción, se encuentre que la autoridad judicial ha declarado la falsedad de alguno de los documentos soporte del registro.
7. En el caso de los patrimonios autónomos, por acaecimiento de una de las causales establecidas en el artículo 1240 del Código de Comercio.
8. Para el caso de los patrimonios autónomos, se hará por solicitud del representante legal de la entidad administradora.
9. El incumplimiento reiterado a lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley 1527 de 2012, sobre el reporte de la suscripción de cada libranza a los bancos de datos de información financiera, crediticia, comercial y de servicios, para lo cual deberá cumplir a cabalidad con los requisitos establecidos por estos en sus reglamentos y lo contemplado en la Ley 1266 de 2008 y demás normas que la modifiquen, adicionen o reglamente.

10. El incumplimiento reiterado a los requisitos previstos en el presente capítulo para estar inscrito en el RUNEOL.

Parágrafo 1°. La entidad de vigilancia, supervisión y control del operador de libranza o descuento directo, deberá informar el acaecimiento de las causales establecidas en los numerales 1, 2, 5 y 9 del presente artículo. Para el efecto, las cámaras de comercio pueden establecer mecanismos electrónicos para recibir la información mencionada.

Parágrafo 2°. La cancelación del Código Único de Reconocimiento a través del sistema de libranza o descuento directo, tendrá como efecto que el empleador o la entidad pagadora dejará de ser solidariamente responsable por los no pagos al operador de libranza, hasta tanto sea asignado el correspondiente Código Único de Reconocimiento.

La cancelación mencionada en el párrafo anterior, no afecta la obligación principal contraída entre los asalariados, contratistas, afiliados o pensionados, y la entidad operadora de libranza o descuento directo.

Artículo 2.2.2.49.2.11. Consulta del RUNEOL. Corresponde al empleador o entidad pagadora la consulta del RUNEOL, con el fin de verificar la inscripción de la respectiva entidad operadora, de tal manera, que no podrá exigirle a esta última o la Cámara de Comercio constancia o prueba de tal hecho.

Artículo 2.2.2.49.2.12. Costos de Administración del RUNEOL. La contraprestación a cargo de quien solicite el registro será establecida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público”.

ARTÍCULO 3°. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. Las disposiciones del artículo 1° de este decreto entrarán a regir transcurridos dos (2) meses desde la fecha de su publicación, con excepción de la obligación prevista en el artículo 2.2.2.54.7 que empezará a regir una vez transcurrido un mes de la entrada en vigencia del presente decreto.

ARTÍCULO 4°. VIGENCIA. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

CIRCULAR EXTERNA 100-000001

(25 de Enero de 2016)

Señores

REPRESENTANTES LEGALES

CONTADORES

REVISORES FISCALES

Sociedades comerciales, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras, que dentro de su objeto social incluyan la comercialización de sus productos o servicios en red o a través de mercadeo multinivel.

REFERENCIA: SOLICITUD DE INFORMACIÓN ACTIVIDAD MULTINIVEL

En ejercicio de la función de vigilancia de las sociedades comerciales, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras que dentro de su objeto social incluyan la comercialización de sus productos o servicios en red o a través de mercadeo multinivel, esta Superintendencia está facultada para solicitar, confirmar y analizar información sobre su situación jurídica, contable, económica y administrativa.

Tales facultades están establecidas en los artículos 82 a 87 de la Ley 222 de 1995, 7° y 8° de la Ley 1700 de 2013 y 2.2.2.50.6 del Decreto 1074 de 2015 (adicionado por el Decreto 24 del 12 de enero de 2016), así como en los numerales 2 y 3 del artículo 7° del Decreto 1023 del 18 de mayo de 2012.

Con ocasión de la reciente reglamentación de la Ley 1700 de 2013 sobre las actividades de comercialización en red o mercadeo multinivel en Colombia, contenida en el Decreto 24 del 12 de enero de 2016 ⁶⁴, esta Superintendencia solicita a los destinatarios de la presente circular la remisión de la información que se detalla a continuación:

1. Copia simple de la escritura pública o documento privado de constitución de la sociedad o empresa unipersonal. En el caso de sucursales de sociedades extranjeras se remitirá copia simple del documento de constitución de la sociedad extranjera y de la resolución o acto en que se haya acordado establecer negocios permanentes en Colombia.
2. Copia simple de todas las reformas al instrumento de constitución, así como un documento en el que se compilen los estatutos vigentes de la compañía.

⁶⁴ Por medio del cual se adiciona un capítulo al título o 2 de la parte 2 del libro 2 y el numeral 7 al artículo 2.2.2.1.1.5, al Decreto 1074 del 2015, Decreto Único Reglamentado del Sector Comercio, Industria y Turismo.

En caso de no haberse realizado reformas al documento de constitución, así se deberá manifestar expresamente.

3. Las sucursales de sociedades extranjeras deberán remitir copia de todas las reformas al instrumento de constitución de la sociedad extranjera y a la resolución o acto en que se haya acordado establecer negocios permanentes en Colombia, así como un documento en el que se compilen los estatutos vigentes de la compañía.
4. Información relativa a la dirección y ciudad de la oficina abierta al público de que trata el parágrafo del artículo 2° de la Ley 1700 de 2013, así como de todos los establecimientos de comercio que tenga la compañía multinivel.
5. Copia de los planes de compensación vigentes y de los demás documentos en los cuales se incluyan condiciones que puedan afectar el desarrollo de la relación contractual con los vendedores independientes, tales como códigos de ética, códigos conducta, términos y condiciones o políticas de la sociedad, de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 de la Ley 1700 de 2013 y 2.2.2.50.2. del Decreto 1074 de 2015.
6. Listado que contenga una descripción detallada de los productos o servicios que la compañía comercializa. De igual modo, se enviará la dirección de la página web en donde se realiza la promoción de los productos o servicios ofrecidos.

Respecto de los productos deberá indicarse si son de fabricación nacional o son importados y si se cuenta con el correspondiente registro ante el Instituto Nacional de Vigilancia de Alimentos y Medicamentos - INVIMA, para efecto de su comercialización. En caso afirmativo, se deberá indicar el número de registro.

7. Una descripción de la herramienta tecnológica o del soporte lógico utilizados por la sociedad para llevar a cabo el control de las compensaciones o beneficios económicos que se causan a favor de los vendedores independientes de los que trata el numeral 2 del artículo 50 de la Ley 1700 de 2013.
8. Documentos que demuestren que, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 5° de la Ley 1700 de 2013, el costo inicial de participación de los *vendedores independientes incluye "materiales de capacitación, así como referencias y guías de información"* relacionados con la forma cómo ha de llevarse a cabo el negocio, sobre una base no lucrativa.
9. Modelo o formato del contrato que se suscribe entre la compañía y los vendedores independientes, de acuerdo con lo señalado en el artículo 9° de la Ley 1700 de 2013.

FORMA Y PLAZO PARA LA ENTREGA DE LA INFORMACIÓN

La información solicitada en los numerales 1 al 9, deberá ser radicada en esta Entidad a más tardar el 29 de febrero de 2016.

Las sociedades que hubieren remitido la información antes señalada con anterioridad a este requerimiento, no deberán remitirla nuevamente. La información podrá ser radicada en la Superintendencia de Sociedades ubicada en la Avenida el Dorado No. 51 - 80 de la ciudad de Bogotá, a través del correo electrónico webmaster0supersociedades.gov.co o en las Intendencias Regionales ubicadas en:

- **BARRANQUILLA:** Carrera 57 No. 99 A - 65, Piso 11, Etapa 1, Centro Empresarial Torres del Atlántico, Oficinas 1101 - 1102- 1103.
- **BUCARAMANGA:** Conjunto Natura Ecoparque Empresarial, Km. 2.176 Anillo Vial Floridablanca - Girón, Torre 3, Oficina 352.
- **CALI:** Calle 10 No. 4 - 40, Piso 2°, Edificio Bolsa de Occidente.
- **CARTAGENA:** Torre del Reloj, Carrera 7 No. 32 - 39, Piso 2°.
- **CÚCUTA:** Avenida O (cero) A # 21-14 (Barrio Blanco).⁶⁵
- **MANIZALES:** Calle 21 No, 22 - 42, Piso 4°.
- **MEDELLIN:** Carrera 49 No. 53 - 19, Pasaje Comercial Bancoquia, Piso 3°.
- **SAN ANDRES:** Avenida Colón No. 2 - 12, Edificio Bread Fruit, Sede Centro de Servicios del Sector Comercio, Industria y Turismo en la Colombia Insular.

DEBIDO PROCESO ESPECIAL

El plazo señalado para el envío de la información es improrrogable. El incumplimiento de lo dispuesto en la presente Circular podrá dar lugar, previa formulación de pliego de cargos y oportunidad para el ejercicio del derecho de defensa, a las sanciones de ley, de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 86 de la Ley 222 de 1995.

ESTADOS FINANCIEROS Y DOCUMENTOS ADICIONALES

Se advierte que las sociedades, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras destinatarias de la presente circular, deberán presentar ante esta Superintendencia sus estados financieros a 31 de diciembre de 2015 y demás documentos, de conformidad con las instrucciones y plazos establecidos en las Circulares Externas 115-000008 y 201-000007 del 19 de noviembre de 2015, expedidas por esta Entidad.

⁶⁵ La Intendencia Regional de Cúcuta fue cerrada en octubre de 2016. La Intendencia Regional de Bucaramanga atiende las funciones administrativas y jurisdiccionales que le correspondían a esa Intendencia.

Estas circulares se pueden consultar en la página WEB de la Superintendencia de Sociedades: www.supersociedades.gov.co, vínculo *Normatividad*.

CIRCULAR EXTERNA 100-000007

(24 de Agosto de 2016)

Señores

REPRESENTANTES LEGALES

CONTADORES

REVISORES FISCALES

Sociedades comerciales, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras, que adelanten la actividad de comercialización o administración de créditos libranza

REFERENCIA: SOLICITUD DE INFORMACIÓN SOBRE LA ACTIVIDAD DE COMERCIALIZACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE CRÉDITOS LIBRANZA

En ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia de las sociedades comerciales, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras previstas en los artículos 83 y 64 de la Ley 222 de 1995, esta Superintendencia está facultada para solicitar, confirmar y analizar información sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa de estas personas jurídicas.

Con ocasión de la reciente reglamentación de la revelación de información y la gestión de riesgos en la venta y administración de operaciones de libranza efectuadas al amparo de la Ley 1527 de 2012, contenida en el Decreto 1348 de 2016 que modificó el Decreto 1074 de 2015 (en especial las nuevas funciones asignadas en el párrafo 3 del artículo 2.2.2.54.3 y el artículo 2.2.2.54.6 del Decreto 1074 de 2015), por medio de esta Circular esta Superintendencia ordena a los destinatarios la remisión de la información que se detalla a continuación:

I. DEFINICIONES

Para los efectos de esta Circular, se adoptarán las siguientes definiciones:

- 1.1. Comercialización de créditos libranza: corresponde a cualquiera de las siguientes actividades:
 - 1.1.1. Adquirir de cualquier persona créditos libranza para su posterior venta cualquier tercero o para conservada en su propio patrimonio.

- 1.1.2. Otorgar créditos de libranza para su posterior venta a cualquier tercero.
- 1.2. Compra o venta con responsabilidad: Es la compraventa de cartera de créditos de libranza en la cual el vendedor se ha obligado a pagar el valor del crédito vendido en el evento en que no sea pagado por el deudor principal, o a reemplazar el título con otro, o cualquier otra figura en la cual se haga responsable por la ausencia de pago del crédito libranza.
- 1.3. Compra o venta sin responsabilidad: Aquella operación de compraventa que no corresponda a la definición de “compra o venta con responsabilidad”.
- 1.4. Administración de créditos libranza: Corresponde a la actividad definida en el numeral 1 del artículo 2.2.2.54.2 del Decreto 1074 de 2015.

II. INFORMACIÓN INMEDIATA

Los destinatarios de esta Circular deberán radicar en esta Entidad, a más tardar el 9 de septiembre de 2016, la siguiente información:

- 2.1. Estados financieros a 31 de diciembre de 2015, a menos que la compañía los haya remitido a esta Superintendencia de conformidad con las instrucciones y plazos establecidos en las Circulares Externas 115-000008 y 201-000007 del 19 de noviembre de 2015, expedidas por esta Entidad.
- 2.2. Estados financieros de propósito especial a 31 de julio de 2016, los cuales comprenden:
 - 2.2.1. Estado de situación financiera;
 - 2.2.2. Estado de Resultado Integral compuesto por el Estado de Resultado del Periodo más los componentes del ORI, y
 - 2.2.3. Notas a los estados financieros
- 2.3. Certificación expedida por el representante legal, contador y revisor fiscal donde se indique si la sociedad se encuentra al día en el pago de sus obligaciones con terceros.

En el caso de presentar mora en los pagos deberá remitir una relación detallada de las obligaciones vencidas en la que se indique, respecto de cada de una de ellas lo siguiente:

- Nombre del acreedor
- Identificación del acreedor
- Concepto de la obligación

- Fecha de la obligación
- Fecha de vencimiento
- Valor vencido
- Número de días de vencimiento

Adicionalmente, deberá informar el porcentaje del pasivo total representado por las obligaciones referidas.

En el caso que se hubieren adelantado acuerdos de pago con los acreedores por las obligaciones incumplidas o vencidas, deberá remitir los documentos que soportan tales acuerdos, así como fotocopia del comprobante contable del último pago realizado.

- 2.4. Nombre e identificación de los miembros de junta directiva u órgano equivalente, principales y suplentes, así como de todos los administradores (según las definiciones previstas en los artículos 22 de la Ley 222 de 1995 y 27 de la Ley 1258 de 2008) que la respectiva sociedad, empresa unipersonal o sucursal tuviera al 31 de julio de 2016.
- 2.5. Listado de todos los asociados que la respectiva sociedad o empresa unipersonal tuviera al 31 de julio de 2016, con indicación del tipo de apode y, de ser el caso, su participación en el capital social. Igualmente, si en virtud de cualquier acto jurídico un tercero es titular de derechos patrimoniales o políticos respecto sobre participaciones (interés social, partes de interés, cuotas o acciones) de la sociedad, se deberá indicar.

Para el efecto se deberá enviar un archivo en formato Excel, completamente diligenciado, con la siguiente información:

Nombre del asociado o titular de derechos patrimoniales o políticos	CC o NIT	Tipo de aporte ⁶⁶	Porcentaje de participación en el capital social	En el caso de no ser asociado, pero ser titular de derechos patrimoniales o políticos, la explicación correspondiente

⁶⁶ Para el efecto, se debe utilizar alguna de las siguientes categorías, definidas en el Código de Comercio: "Dinero", "Especie", "Industria con estimación anticipada de su valor" e "Industria sin estimación anticipada de su valor".

2.6. Saldo al 31 de julio de 2016, del capital de los créditos libranza objeto de compra y venta de cartera realizada por la compañía, para lo cual se deberán enviar los respectivos archivos en formato Excel, así:

2.6.1. Respecto de la compra.

Nombre del vendedor	NIT	La cartera fue originada por el vendedor o comprada ⁶⁷	Número de créditos libranza comprados	Valor de la compra de cartera	Valor comprado con responsabilidad	Valor comprado sin responsabilidad	Saldo del capital a 31 de julio de 2016
Total							

2.6.2. Respecto de la venta.

Nombre del comprador	NIT o CC	Número de créditos libranza Vendidos	Valor de la venta de cartera	Valor vendido con responsabilidad	Valor vendido sin responsabilidad	Saldo del capital a 31 de julio de 2016
Total						

2.7. En el caso de que la sociedad administre por cuenta de terceros créditos de libranza, deberá suministrar la siguiente información en un archivo en formato Excel:

⁶⁷ Se entiende que la cartera es originada por el vendedor, si este otorgó el crédito libranza objeto de la venta. Para el efecto la casilla se debe diligenciar "Originada" o "Comprada", según corresponda.

Nombre del titular de los créditos libranza administrados	NIT o CC	Número de créditos libranza administrados	Valor de capital de los créditos libranza administrados	Saldo del capital a 31 de julio de 2016
Total				

- 2.8. Informar si la comercialización de las libranzas, la administración de la misma o los recaudos de los flujos, son realizados por una sociedad fiduciaria. De ser así, deberá informar el nombre de la misma, la naturaleza del contrato celebrado con la sociedad (fiducia mercantil o encargo fiduciario, y su modalidad) y las obligaciones de esta, de acuerdo al contrato firmado.
- 2.9. Listado que contenga una descripción detallada de todos los productos o servicios que la compañía comercializa u ofrece. Si comercializa o administra títulos valores diferentes a créditos libranza, deberá señalar la clase de títulos. De igual modo, se enviará la dirección de la página web en donde se realiza la promoción de los productos o servicios ofrecidos.
- 2.10. Una descripción de la herramienta tecnológica o del soporte lógico utilizados por la sociedad para llevar a cabo el control de las operaciones de compra y venta de libranzas o su administración.

III. INFORMACIÓN PERIÓDICA

- 3.1. A partir de la entrada en vigencia del artículo 2.2.2.54.7 del Decreto 1074 de 2015 (Revelación de los estados financieros y de indicadores de calidad de cartera y solvencia del vendedor)⁶⁸, las sociedades comerciales, empresas unipersonales y sucursales de sociedad extranjera sujetos de dicha disposición deberán remitir, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al vencimiento mensual del plazo establecido en el parágrafo 1 del mencionado artículo, una certificación suscrita por su representante legal y revisor fiscal, en la que manifiesten haber dado total cumplimiento a la obligación de revelación prevista en tal norma.

⁶⁸ De conformidad con el artículo 3° del Decreto 1348 de 2016, la obligación prevista en el artículo 2.2.2.54.7. del mismo, empezará a regir una vez transcurrido un mes de la entrada en vigencia publicación) del Decreto.

En la certificación informarán la dirección de la página de internet en la que dieron cumplimiento a la obligación.

En caso de no haber dado total cumplimiento a la obligación, enviarán en el mismo plazo una comunicación en la que se expliquen detalladamente las razones del incumplimiento.

- 3.2. Dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la entrada en vigencia de los demás artículos del Capítulo 54 del título 2 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1074 de 2015 (DE LA REVELACIÓN DE INFORMACIÓN Y LA GESTIÓN DE RIESGOS EN LA VENTA Y ADMINISTRACIÓN DE OPERACIONES DE LIBRANZA POR PARTE DE ENTIDADES NO VIGILADAS POR LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA)⁶⁹, las sociedades comerciales, empresas unipersonales y sucursales de sociedad extranjera sujetos de dicha disposición deberán remitir un informe, suscrito por su representante legal en el que señalen de manera detallada a esta Superintendencia la forma en que han dado cumplimiento a cada una de las disposiciones del mencionado capítulo.

IV. RADICACIÓN DE LA INFORMACIÓN

La información podrá ser radicada en la Superintendencia de Sociedades ubicada en la Avenida el Dorado No. 51 - 80 de la ciudad de Bogotá, a través del correo electrónico webmastersupersociedades.gov.co o en las Intendencias Regionales ubicadas en:

- **BARRANQUILLA:** Carrera 57 No. 99 A - 65, Piso 11, Etapa 1, Centro Empresarial Torres del Atlántico, Oficinas 1101 - 1102 - 1103.
- **BUCARAMANGA:** Conjunto Natura Ecoparque Empresarial, Km. 2.176 Anillo Vial Floridablanca - Girón, Torre 3, Oficina 352.
- **CALI:** Calle 10 No. 4-40, Piso 2°, Edificio Bolsa de Occidente.
- **CARTAGENA:** Torre del Reloj, Carrera 7 No. 32— 39, Piso 2°.
- **CÚCUTA:** Avenida 0 (cero) A # 21-14 (Barrio Blanco).⁷⁰
- **MANIZALES:** Calle 21 No. 22— 42, Piso 4°.
- **MEDELLIN:** Carrera 49 No. 53— 19, Pasaje Comercial Bancoquia, Piso 3°.

⁶⁹ De conformidad con el artículo 3° del Decreto 1348 de 2016, estas disposiciones entrarán a regir transcurridos dos (2) meses desde la fecha de publicación del Decreto.

⁷⁰ La Intendencia Regional de Cúcuta fue cerrada en octubre de 2016. La Intendencia Regional de Bucaramanga atiende las funciones administrativas y jurisdiccionales que le correspondían a esa Intendencia.

- **SAN ANDRES:** Avenida Colón No. 2 - 12, Edificio Bread Fruit, Sede Centro de Servicios del Sector Comercio, Industria y Turismo en la Colombia Insular.

Para resolver cualquier inquietud sobre el contenido de; presente acto administrativo, podrá comunicarse con el Grupo de Supervisión Especial de la Superintendencia de Sociedades en Bogotá al teléfono 2201000, extensiones 4075, 4218, 4301, 2001 y 4062.

En los archivos de Excel la información sobre Números de Información Tributaria (NIT) o Cédulas de Ciudadanía (CC), debe ser enviada sin puntos ni comas, y sin dígito de verificación.

En los archivos de Excel, las cifras y valores de dinero deberán ser diligenciada pesos. Los plazos señalados para el envío de la información son improrrogables.

El incumplimiento de lo dispuesto en la presente Circular podrá dar lugar a las sanciones de ley, de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 86 de la Ley 222 de 1995.