



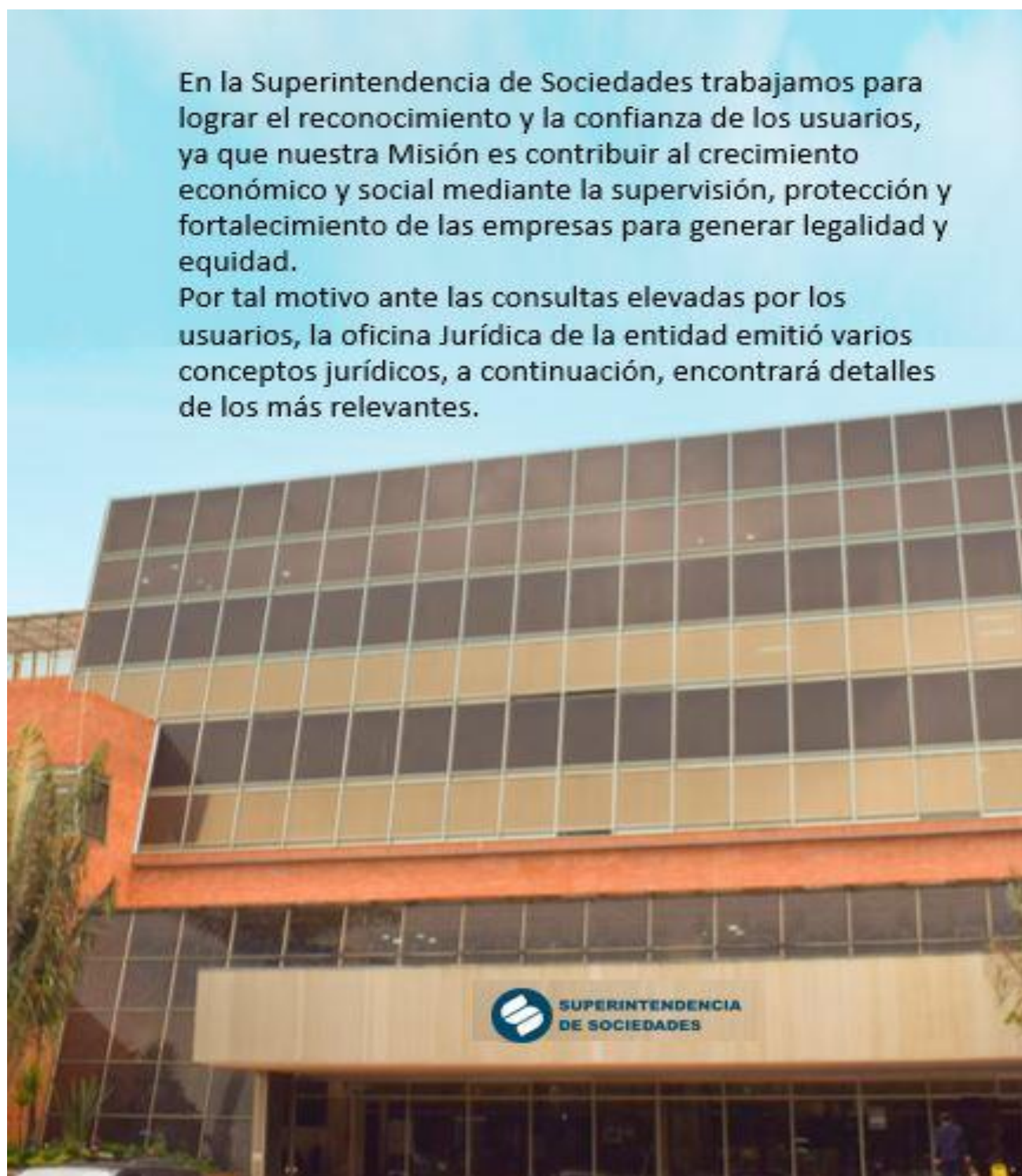
SUPERINTENDENCIA  
DE SOCIEDADES

# CONCEPTOS JURÍDICOS

ENERO 2020

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

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



## OFICIO 220-011039 DEL 21 DE ENERO DE 2020

### DOCTRINA:

#### CADUCIDAD- RECONOCIMIENTO DE PRESUPUESTOS DE INEFICACIA. - RATIFICACIÓN DE DECISIONES SOCIALES .

#### PLANTEAMIENTO:

- 1. La ineficacia de las actas de asamblea de accionistas, el reconocimiento de sus presupuestos ¿tiene algún término de caducidad?*
- 2. ¿yo puedo solicitar el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia de un acta de asamblea de accionistas de 2010 por no haberse respetado los 15 días hábiles de convocatoria para la asamblea ordinaria (aprobación de estados financieros) cuando han pasado más de 8 años?*
- 3. Para ratificar las decisiones viciadas de ineficacia de pleno derecho ¿qué se puede hacer?*
- 4. ¿puedo ratificar actas viciadas de ineficacia celebrando una nueva asamblea? ¿Hay algún problema si entre la decisión tomada y la asamblea de ratificación transcurrieron más de 2 años?*

#### POSICIÓN DOCTRINAL:

La sanción de ineficacia mercantil, en los términos del Código de Comercio, se encuentra prevista en el artículo 897 del Código de Comercio, en los siguientes términos:

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

En este orden de ideas, es claro que no se requiere pronunciamiento judicial alguno para declarar la ineficacia de un acto que la ley sancione como tal, en los términos del citado artículo de la legislación mercantil, dado que la misma opera por el sólo ministerio de la Ley.

El legislador facultó a los interesados a solicitar el reconocimiento de los presupuestos de hecho que dan lugar a la sanción de ineficacia ante las autoridades en funciones judiciales o administrativas.



Por vía judicial, ésta Superintendencia de acuerdo con el artículo 24 numeral 5, literal c) del Código General del proceso, en ejercicio de funciones judiciales, podrá conocer de la “impugnación de actos de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas sometidas a su supervisión” o proceder al reconocimiento de los presupuestos de ineficacia, bajo la misma normatividad.



Por vía administrativa, la Ley 446 de 1998, en su artículo 133 dispuso: “(...) sin perjuicio de lo previsto en el artículo 897 del Código de Comercio, la superintendencia Bancaria, de Sociedades o de Valores podrán de oficio efectuar el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio. Así mismo, a falta de acuerdo de las partes sobre la ocurrencia de dichas causales podrá una de ellas solicitar a la respectiva entidad su reconocimiento. En relación con las sociedades no vigiladas permanentemente por las referidas entidades, tal función será asumida por la Superintendencia de Sociedades”.

Bajo el entendimiento que su consulta se orienta a establecer temas relacionados con el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia por la vía judicial, se procede a responder los interrogantes en el orden planteado, así:

Respecto del **primer punto** en el que se consulta si el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia tiene algún término de caducidad, se responde afirmativamente.

Para el efecto se observa que, la caducidad hace relación a la posibilidad del ejercicio de la acción, es decir a la facultad de que los interesados activen el aparato judicial en aras de lograr el reconocimiento de un derecho. En torno a la caducidad el doctor Jorge Hernán Gil, en su libro Teoría General de la Ineficacia, expresó lo siguiente: “La caducidad se encuentra ligada al concepto de plazo extintivo en sus especies de perentorio e improrrogable, el cual, vencido, la produce sin necesidad de actividad alguna ni del funcionario competente, ni de la parte contraria. De esta última nota característica se infiere que hay caducidad cuando no se ha ejercido un derecho dentro del término previsto por la ley para su ejercicio. Es decir, el fin de la caducidad es preestablecer el tiempo dentro del cual el derecho puede ser últimamente ejercitado. En otras palabras, el fenómeno de la caducidad se considera el hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado sin tener en cuenta la razón subjetiva, negligencia del titular del derecho, y aún la imposibilidad del hecho.

También esta Oficina mediante oficio 220-000116 del 2 de enero de 20172, expresó lo siguiente:

“Sobre ese particular es indispensable hacer la necesaria diferenciación entre la mal llamada prescripción de las acciones judiciales y la prescripción extintiva de los derechos. En efecto, la primera, llamada más propiamente caducidad hace referencia a las acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento o de la violación a lo previsto en el Libro Segundo del Código de Comercio. Esta es la regulada por el artículo 235 de la Ley 222 de 1995 y ocurre cuando no se ha instaurado la acción penal, civil o administrativa respectiva, dentro del término señalado por la ley para hacerlo, que es de cinco (5) años”.

La posición anterior ha sido corroborada por nuestros altos tribunales en los siguientes términos:



A) “(...) la caducidad es un fenómeno cuya ocurrencia depende del cumplimiento del término perentorio establecido para ejercer las acciones ante la jurisdicción derivadas de los actos, hechos, omisiones u operaciones de la administración, sin que se haya ejercido el derecho de acción por parte del interesado. (...) la prescripción es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo de acuerdo a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten bien sea en materia adquisitiva o extintiva”. Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia 27001233300020130034601 -03272014) 9 de julio de 2015.

Respecto al segundo punto en el que se consulta sobre el “reconocimiento de los presupuestos de ineficacia de un acta de asamblea de accionistas”, llevada a cabo en el año 2010, es claro que el interesado podrá mediante la presentación de una demanda, adjuntar las pruebas que soporten los hechos que a su juicio dieron lugar a la ineficacia de las decisiones y será al juez de Procedimientos Mercantiles de esta Superintendencia, a quien corresponda decidir sobre el asunto.

En todo caso en el evento en que se hubieren superado los cinco (5) años para presentar la demanda, la acción habría caducado por vencimiento del término preclusorio.

Ahora bien, bajo la interpretación respecto a que se trata de un término de prescripción del derecho a demandar, para que la misma prospere (prescripción), será necesario que sea alegada por la sociedad demandada como excepción en los términos del artículo 282 del Código General del Proceso, y también será el juez quien decida, dado que la misma no puede ser reconocida de oficio por el juez.

Para responder el tercer interrogante, es del caso tener en cuenta que, aunque la sanción legal<sup>7</sup> por ineficacia, se mantiene, y no se sana pues lo ineficaz siempre será ineficaz, ello no obsta para que las partes al ser conscientes de la ineficacia decidan volver a celebrar el acto o contrato en la forma correcta para dotarlo de eficacia. Es decir, que se trata de la celebración del acto nuevamente como si fuera perfeccionado por primera vez, pero en la forma debida, produciendo efectos jurídicos desde ese momento y en adelante.

En sentido material, la ratificación prevista en el artículo 898 del Código de Comercio, (aunque hace mención a la inexistencia<sup>8</sup>) aplica para los actos nulos de tal manera que los mismos puedan ser saneados, cuando ello sea posible, con efectos retroactivos; es decir que una vez ratificados en debida forma se entienden saneados desde el momento en que se adoptó la decisión.

En cambio, cuando se trata de sanciones tales como la inexistencia o ineficacia, el concepto genérico de ratificación, no es el más preciso porque no tiene efectos retroactivos salvo si así lo decide la asamblea con el lleno de los requisitos legales y en el caso en el que no se afecte a ningún tercero de buena fe.

Así las cosas, aunque la decisión de aprobar los estados financieros, resulte ineficaz de pleno derecho, por haberse adoptado violando las prescripciones respecto a convocatoria y que tal ineficacia como sanción se mantiene, es posible “ratificar” las decisiones adoptadas, con un nuevo acto jurídico, para lo cual le corresponde al representante legal de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 422 del Código de Comercio, convocar al máximo órgano social, en la forma prevista en los estatutos o en su defecto en la ley, (artículo 424 ibídem). Para que, con el lleno de los requisitos legales y estatutarios, este cuerpo colegiado con la mayoría estatutaria o legal respectiva, confirme, valide o apruebe las decisiones que resultaron ineficaces en razón a la falencia en el término de convocatoria, de tal manera que las mismas

produzcan los efectos jurídicos correspondientes a partir de esta nueva reunión, tal y como ya lo ha expresado esta oficina en Oficio 220-120842 del 29 de octubre de 2019).

En lo que corresponde al cuarto interrogante, se reitera: (i) que no son las actas las que están viciadas, sino las decisiones; (ii) que la ineficacia como sanción no se sana; (iii) que no obstante lo anterior, el representante legal puede convocar nuevamente con el lleno de las formalidades legales para que sean consideradas las decisiones y puedan ser adoptadas con las mayorías legales o estatutarias correspondientes según el tipo de decisión como corresponda a partir de ese momento y a futuro, y (iv) que la nueva decisión podría tener efectos retroactivos si no se afecta a ningún tercero, tal y como lo ha expresado esta entidad en Oficio 320-446995 del 13 de julio de 2020 así: "si así lo decide la asamblea, si la materia de la decisión así lo permite y si con ello no se afecta ningún tercero".

**Más información:**  
[AQUÍ](#)



## OFICIO 220-013429 DEL 29 DE ENERO DE 2020

### DOCTRINA:

#### PREFERENCIA Y PRIVILEGIO DE LOS PROMETIENTES COMPRADORES DE VIVIENDA EN LOS PROCESOS DE REORGANIZACIÓN.



### PLANTEAMIENTO:

*Se consulta en torno al tratamiento de los contratos de fiducia inmobiliaria, y a los créditos hipotecarios (constructor) cuando el fideicomitente (constructor) entra en proceso de insolvencia en los términos de la Ley 1116 de 2006.*

### POSICIÓN DOCTRINAL

Esta oficina se permite resolver las inquietudes, en el orden propuesto, así:

1 “(...) Sería procedente que el Banco que otorgó el crédito constructor, iniciará proceso ejecutivo con medidas cautelares de embargo y secuestro de los inmuebles que están en el patrimonio autónomo de la fiducia, atendiendo a que el patrimonio autónomo solo tiene la finalidad de administrar y seguir las ordenes que el fideicomitente constructor le ordene? De acuerdo a la respuesta dada por favor indicar el sustento normativo respectivo.

Empecemos por decir que además de las sociedades, las sucursales de sociedades extranjeras, las personas naturales comerciantes y los patrimonios autónomos pueden ser admitidos al trámite de un proceso de reorganización, en los

términos de los artículos 2°, 6° y 12 de la Ley 1116 de 2006.

Partimos del supuesto que la sociedad constructora se encuentra en trámite de reorganización no así el patrimonio autónomo en el cual se encuentra el bien inmueble. Teniendo claro lo anterior, las normas generales indican que a partir de la fecha de inicio del proceso de reorganización no puede admitirse ni continuarse demanda de ejecución o cualquier otro proceso de cobro en contra del deudor concursado y los que se hayan iniciado con anterioridad a la fecha de admisión del citado proceso, serán objeto de incorporación en razón del principio de la “Universalidad”, en los términos de los artículos numeral 1° del artículo 4°, 20 y 70 de la ley ejusdem.

De lo anterior se infiere que, si existe un proceso ejecutivo iniciado por un acreedor bancario en contra de un deudor concursado, tal proceso ejecutivo debe ser

incorporado al trámite de reorganización de que se trate en los términos de las disposiciones referidas.

En el caso en que el patrimonio autónomo sea garante de la obligación con el acreedor bancario el trámite ejecutivo en contra de este continua en los términos del artículo 70 de la Ley 1116 de 2006.

Sin embargo, frente a los afectos que tal ejecución pueda tener frente al trámite de reorganización, su admisión continuación o incorporación al mismo, deberán ser definidos por el juez el concurso en atención a las circunstancias particularidades propias de las garantías según los supuestos facticos y jurídicos acordados en cada caso, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 20 y 70 de la Ley 1116 de 2006, y artículo 50 de la Ley 1676 de 2013.

2 “(...) Teniendo en cuenta la ley de insolvencia (Ley 1116 de 2006) y que algunos proyectos son modalidad de vivienda de interés social –vis, ¿Cuál derecho prevalece para la Fiduciaria, el derecho del crédito del Banco Constructor que ostenta la hipoteca o el derecho del promitente comprador VIS? ¿O no VIS?

Para contestar esta pregunta cubriré aspectos tales como: preferencia para el pago de las obligaciones, privilegio en el pago de las mismas y su aplicación en el caso de prometientes compradores de vivienda.

Las causas de “preferencia para el pago de las obligaciones” las determina la ley, a tono con lo previsto por los artículos 501 de la Ley 1676 de 2006, artículo 712, numeral 5°3 del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006 y convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Así mismo el artículo, 2493 del Código Civil, dispuso:

“(...) Art. 2493. Las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca.”

Estas causas de preferencia son inherentes a los créditos, para cuya seguridad se han establecido, y pasan con ellos a todas las personas que los adquieren por cesión, subrogación o de otra manera.”





En desarrollo de tal postulado, la ley también ofrece un alcance adicional al determinar con claridad cuáles de los créditos ostentan esa prerrogativa del “privilegio” en aras de establecer cuál es el orden de prelación con el cual se debe proceder al pago de las obligaciones, al determinar el artículo 2494 del Código Civil lo siguiente:

*“(…) 2494. Gozan de privilegio los créditos de la primera, segunda y cuarta clase.”*

Determinado el orden de prelación legal de créditos conforme a lo expuesto anteriormente, a los créditos de segunda clase pertenece los acreedores **prendarios sobre la prenda**, como a la tercera clase créditos

comprende los hipotecarios, en los términos de los artículos 2497 y 2499 del Código Civil.

Respecto al concepto de las garantías prendarias tanto civiles como comerciales con tenencia o sin tenencia entre otras, hoy su denominación genérica cambio al ser consideradas hoy como “*garantías mobiliarias*”, al tenor de lo dispuesto por el artículo 3° de la Ley 1676 de 2013.

En relación con las **garantías** en un proceso de reorganización hay que tener en cuenta lo previsto en el artículo 50 de la Ley 1676 de 2013 frente al cual es posible solicitar que el acreedor dentro del proceso solicite: (i) sea calificado como acreedor garantizado caso en el cual tendrá derecho al pago preferente; y (ii) la continuación del proceso ejecutivo sino se trata de un bien esencial para el desarrollo de la operación.

**Prelación legal de los promitentes compradores de vivienda- Sin importar si son o no vivienda de interés social.**

El artículo 125 de la Ley 388 de 1997, prescribe:

*“(…) Artículo 125. Las personas naturales o jurídicas que se dediquen a la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda y que se encuentren en las situaciones previstas en los numerales 1 y 6 del artículo 12 de la Ley 66 de 1968, podrán acceder al trámite de un concordato o de una liquidación obligatoria, en los términos previstos en la Ley 222 de 1995 o en las normas que la complementen o modifiquen, siempre y cuando estén desarrollando la actividad urbanística con sujeción a las disposiciones legales del orden nacional, departamental, municipal o distrital.*

**Parágrafo 1º.** Las personas naturales o jurídicas de que trata este artículo, incursas en cualquiera de las situaciones descritas en los numerales 2,3, 4,5 y 7 del artículo 12 de la Ley 66 de 1968, estarán sujetas a la toma de posesión de sus negocios, bienes y haberes, en los términos de la citada disposición.

**Parágrafo 2º.** Cuando las causales previstas en los numerales 1 y 6 del artículo 12 de la Ley 66 de 1968 concurren con cualquiera otra de las previstas en la misma disposición, procederá la toma de posesión.

**Parágrafo 3º.** Los valores o créditos que por concepto de cuotas hubieren cancelado los **promitentes compradores, se tendrán como créditos privilegiados de segunda clase**, en los términos del artículo 10 del Decreto 2610 de 1979, *siempre que la promesa de contrato haya sido válidamente celebrada y se tenga certeza de su otorgamiento.*”

De esta forma queda claro que los valores o créditos que por concepto de cuotas hubieren cancelado los promitentes compradores y siempre que la promesa de contrato haya sido válidamente celebrada y se tenga certeza de su otorgamiento, serán considerados como créditos de segunda clase, sin atender a si está en presencia o no de proyectos inmobiliarios de Vivienda de Interés social (VIS), pues la norma no hace distinción alguna.



Cualquiera otra circunstancia que devenga de los contratos en mención frente al desconocimiento de esta prerrogativa debe ser definida por el juez ordinario.

**Prelación Legal del crédito constructor en trámite de reorganización.**

Frente a las hipotecas de mayor extensión que se constituyen para garantizar los créditos otorgados por el banco en relación con los créditos de vivienda, tales acreencias serán tenidas como créditos de tercera clase en los términos del artículo 2499 del Código Civil.

**3 “(...)Cuál es la situación de compradores que pagaron su inmueble por medio de un canje a partir del suministro de bienes y servicios a la sociedad constructora y no a través de dinero consignado a las cuentas de la fiduciaria?”**

Esta Oficina se permite citar los artículos relacionados con la compraventa y específicamente con la permuta al ser lo que se consulta así:

El artículo 1849 del Código Civil prescribe lo siguiente:

*“(...) ARTICULO 1849. CONCEPTO DE COMPRAVENTA. La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquélla se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio.”*

Por su parte, los artículos 1955 y 1850 del mismo estatuto, establecen:

*“(...) Artículo 1955. CONCEPTO. La permutación o cambio es un contrato en el que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro. (...)”*

*“(...) ARTICULO 1850. VENTA Y PERMUTA. Cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero; y venta en el caso contrario.”*



De tal manera que cuando los bienes dados en parte del pago del precio valen menos que el dinero entregado como parte del precio, se debe entender que es compraventa y no permuta, frente al cual los promitentes compradores son destinatarios de la preferencia y privilegio de pago prevista por el parágrafo 3° del artículo 125 de la Ley 388 de 1997, en concordancia con lo previsto por el artículo 19586 del Código Civil.

Al contrario, al ser mayor el valor de los bienes entregados en parte de pago que el dinero, ha de entenderse que el contrato es de permuta, y por lo cual dicho acreedor estaría dentro de la prerrogativa de solicitar la ejecución por una obligación de hacer, tanto de la suscripción de la escritura pública como del registro en la oficina de registro de instrumentos públicos correspondiente, en el orden de la prelación legal.

**Más información:**

[AQUÍ](#)

## OFICIO 220-004231 DEL 14 DE ENERO DE 2020

### DOCTRINA:

#### ACUERDOS DE CONFIDENCIALIDAD

#### PLANTEAMIENTO:



*Consulta lo siguiente: “(...) 1. ¿Qué obligatoriedad tiene la decisión de la Asamblea General de Accionistas si se tiene en consideración que tal medida no fue incluida dentro de los estatutos sociales? 2. ¿Podría un miembro de junta directiva ya designado rehusarse a suscribir el acuerdo de confidencialidad? ¿Podría ello implicar una inhabilidad para ejercer el cargo? 3. ¿Puede un miembro de junta directiva que se rehúsa a suscribir el acuerdo de confidencialidad ejercer sus funciones y participar en las reuniones de éste órgano? 4. ¿Se debe tener en consideración la*

*participación del miembro de junta directiva que no ha suscrito el acuerdo de confidencialidad para establecer el quorum de la reunión y las mayorías para tomar decisiones? 5. ¿Qué sucede con las decisiones adoptadas por la Junta Directiva en las cuales se tuvo en consideración la participación del miembro de junta directiva que no ha suscrito el acuerdo de confidencialidad? 6. ¿Tiene algún efecto en cuanto a la validez de las decisiones adoptadas una reunión de Junta Directiva en la que haya estado presente un miembro de Junta que no haya suscrito el Acuerdo? 7. ¿Se deben anular los votos del miembro de Junta que no haya suscrito el Acuerdo? 8. ¿Debe convocarse a las reuniones de junta directiva al miembro que no ha suscrito el acuerdo de confidencialidad?”*

#### POSICIÓN DOCTRINAL:

Conviene señalar que un acuerdo de confidencialidad, consiste en términos generales en un contrato mediante el cual, las partes que lo suscriben se obligan a no revelar la información que esté estrechamente relacionada con la actividad comercial, o aquella que a su juicio le otorgue una ventaja frente a la competencia, como podría ser el desarrollo de un proceso específico en la fabricación de un producto, deber de cuyo incumplimiento se derivan las consecuencias fijadas por las mismas partes dentro de las cláusulas del contrato.

En el caso propuesto en el que la asamblea aprobó con una mayoría del 75% de los votos presentes la obligación de suscribir un acuerdo de confidencialidad, cuyo texto fue discutido en la misma reunión en la que se adoptó, por ser ésta una decisión adoptada por el máximo órgano social, es deber de los administradores acatar las directrices establecidas, máxime si se tiene en cuenta que de acuerdo con el artículo 187 del Código de Comercio, son funciones de la Junta de Socios o Asamblea General de Accionistas, “Adoptar, en general, todas las medidas que reclamen el cumplimiento de los estatutos y el interés común de los asociados;”



por lo que, a juicio de esta Oficina, esta decisión, independientemente a que no haga parte de los estatutos sociales por tratarse de una decisión para-estatutaria, necesariamente vincula a todos los socios y a los terceros que integren los órganos sociales.

El deber de confidencialidad en el marco del funcionamiento de la Junta Directiva, es un tema que debe ser seriamente considerado en razón a los efectos perjudiciales que podría tener su inobservancia, por eso la necesidad de que exista claridad y conciencia en el cumplimiento de los deberes de los administradores, lo que ha generado en varias jurisdicciones la incorporación de Códigos de buenas prácticas corporativas, consistente en adoptar para regular el tratamiento de la información confidencial.

Por su parte, también en este aspecto, la Ley 222 de 1995, consagra la normatividad aplicable a los administradores de la sociedad, puntualmente el artículo 23, establece que “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”; a su vez, la normatividad penal, tipifica algunos usos inadecuados que se puedan hacer de la información que es considerada privilegiada.

En pocas palabras, los directores y administradores se ven sujetos, según las características de la compañía, a responsabilidades de tipo civil y penal en el cumplimiento que deben hacer del deber de confidencialidad.

El referido artículo 23 se dispone que, en cumplimiento de su función, los administradores deban: “4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad”. “5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada “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.”

Por su parte, el artículo 27 Ley 1258 de 2008, en materia de Sociedades por Acciones Simplificada establece: “ARTÍCULO 27. RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES. Las reglas relativas a la responsabilidad de administradores contenidas en la Ley 222 de 1995, les serán aplicables tanto al representante legal de la sociedad por acciones simplificada como a su junta directiva y demás órganos de administración, si los hubiere. “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.”

A su vez, los artículos 4° y 5° Decreto 1925 de 2009, consagran la Responsabilidad del Administrador que perjudique a la sociedad – Declaratoria de Nulidad absoluta de los actos ejecutados en contra de los deberes de los administradores. “Artículo 4°. Los socios que hayan autorizado expresamente la realización de un acto respecto del cual exista conflicto de interés o competencia con la sociedad, que perjudique los intereses de la sociedad, serán responsables solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que ocasionen a esta, a los socios y a terceros, salvo que dicha autorización se haya obtenido de manera engañosa. Lo anterior, sin perjuicio de la declaratoria de nulidad que pudiese resultar de los actos amparados en tales decisiones por violación de la ley.

Para responder el primer interrogante, es del caso afirmar que, a juicio de esta oficina, la obligatoriedad del acuerdo de confidencialidad es vinculante para los miembros de la junta directiva, así no conste en los estatutos sociales, no solo porque es una decisión del máximo órgano social, sino porque todas las normas legales relacionadas con los administradores imponen unos deberes estrechamente relacionados con el deber de confidencialidad.

Segundo interrogante, aunque el directivo se reúse a suscribir el acuerdo de confidencialidad, ello no lo exime de cumplir todos los deberes que la Ley 222 de 1995, le impone, dentro de lo que se encuentran los deberes de confidencialidad enunciados en las normas anteriormente transcritas

y asumir las consecuencias que implica el incumplimiento de sus deberes como administrador; tampoco el hecho de reusarse implica una inhabilidad para ejercer el cargo.

Tercer y cuarto interrogante, puede afirmarse que quien fuere designado miembro de junta directiva en una sociedad comercial, queda habilitado para actuar en ejercicio de su cargo y debe contabilizarse dentro del quórum, sin perjuicio de la responsabilidad que le pueda acarrear, por los perjuicios que por dolo o culpa ocasione a los asociados, a la sociedad o a terceros, por conductas que impliquen conflicto de interés o competencia con la sociedad en violación de la ley y sin la debida autorización de la Asamblea General de Accionistas o Junta de Socios. Quinto, sexto, séptimo y octavo, las decisiones en las que se tuvo en cuenta el miembro de la junta directiva que no suscribió el acuerdo de confidencialidad, son igualmente válidas pues tal circunstancia no está prevista en la ley como casual de invalidez, relacionadas con la capacidad, el consentimiento el objeto y la causa lícitas, por lo que mal puede anularse el voto. No puede excluirse de la convocatoria al miembro de la junta que no ha suscrito el acuerdo de confidencialidad.

**Más información:**  
[AQUÍ](#)



## OFICIO 220-002376 DEL 09 DE ENERO DE 2020

### DOCTRINA:

#### EFFECTOS DE LOS CONTRATOS DE FIDUCIA DENTRO DE UN PROCESO DE INSOLVENCIA

#### PLANTEAMIENTO:

*En qué momento, es decir, desde la presentación de la solicitud o desde la admisión a un proceso de insolvencia (reorganización o liquidación judicial) se debe dejar de realizar los pagos por parte de la sociedad fiduciaria a los acreedores beneficiarios de un contrato de fiducia de administración y fuente de pagos.*

*ii. En el caso en que el beneficiario del contrato de fiducia sea una entidad financiera (acreedor), y ella desconozca del estado de insolvencia del fideicomitente (deudor), por ausencia de notificación, el deudor puede solicitar a la fiduciaria la devolución de los dineros que tenga en su poder y que no hayan sido entregados a la acreedora o beneficiaria.*

*iii. Se presenta derecho a favor del fideicomitente (deudor), para obtener la devolución de dineros a favor de los beneficiarios desde la aceptación de la insolvencia así no se haya notificado a la entidad financiera.*

#### POSICIÓN DOCTRINAL:

a.- De acuerdo con lo señalado en el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, a partir de la fecha de presentación de la solicitud de reorganización se prohíbe a los administradores, entre otras actuaciones, la de efectuar enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculden al fiduciario en tal sentido, salvo autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso.



b.- Por su parte, el parágrafo 2. De la citada norma, prevé que, a partir de la admisión al proceso de insolvencia en la modalidad de reorganización, de realizarse cualquiera de los actos a que hace referencia en el párrafo primero de la misma sin la respectiva autorización, será ineficaz de pleno derecho, sin perjuicio de las pertinentes sanciones a los administradores.

c.- La finalidad de la prohibición es proteger la universalidad e igualdad que debe darse en todo proceso de insolvencia, toda vez que el patrimonio deudor constituye la prenda general de todos los acreedores, y, por ende, la capacidad dispositiva del deudor debe restringirse a aquellos actos necesarios para su funcionamiento y que no comprometan su patrimonio.

Así mismo, se determina la pérdida del derecho de ejecución individual o separada de los acreedores, dado que el proceso de insolvencia sería el único escenario previsto para hacer valer sus créditos.

d.- Ahora bien, de conformidad con lo previsto en el artículo 21 de la Ley 1116 de 2006, el legislador consagró cinco reglas fundamentales en relación con los contratos celebrados por una empresa que se encuentre adelantando el trámite de un proceso de reorganización empresarial, entre las cuales se encuentran las dos que se destacan así: 1. La imposibilidad de terminar unilateralmente cualquier contrato firmado antes de la fecha de apertura del proceso. 2. La posibilidad de renegociación, de mutuo acuerdo, de los contratos de trato sucesivo, entre los cuales se encuentran los de arrendamiento o de leasing.

e.- Según el artículo 38 de la misma ley, cuando dentro de un proceso de reorganización empresarial, no se presente o confirme el acuerdo, se generan las siguientes consecuencias en los contratos de fiducia mercantil: 1) La culminación de dichos contratos celebrados por el deudor en calidad de constituyente, sobre bienes propios y para amparar obligaciones propias o ajenas, salvo autorización para continuar su ejecución, impartida por el juez del proceso; y 2) La finalización de pleno derecho de los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil celebrados por el deudor, con el fin de garantizar obligaciones propias o ajenas con sus propios bienes. El juez del proceso ordenará la cancelación de los certificados de garantía y la restitución de los bienes que conforman el patrimonio autónomo. Los acreedores beneficiarios serán tratados como acreedores con garantía prendaria e hipotecaria, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitidos.

f.- En tratándose de un proceso de liquidación judicial, los efectos de la apertura de dicho proceso, a la luz del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, los siguientes:

i) La terminación de los contratos de trato sucesivo, de cumplimiento diferido o de ejecución instantánea, no necesarios para la preservación de los activos, así como los contratos de fiducia mercantil o encargos fiduciarios, celebrados por el deudor en calidad de constituyente, sobre bienes propios y para amparar obligaciones propias o ajenas, salvo por aquellos contratos respecto de los cuales se hubiere obtenido autorización para

continuar su ejecución impartida por el juez del concurso; y

ii) La finalización de pleno derecho de los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil celebrados por el deudor, con el fin de garantizar obligaciones propias o ajenas con sus propios bienes. El juez del proceso ordenará la cancelación de los certificados de garantía y la restitución de los bienes que conforman el patrimonio autónomo. Serán tenidas como obligaciones del fideicomitente las adquiridas por cuenta del patrimonio autónomo.

g.- Así las cosas, los contratos de fiducia mercantil o encargos fiduciarios, reciben un tratamiento diferente dependiendo si trata de un proceso de reorganización empresarial o de una liquidación judicial, en el primer caso, es decir, tratándose de procesos de reorganización, los contratos continúan vigentes, pero no se podrán ejecutar, esto es, realizar pagos a los beneficiarios del contrato de fiducia, sin autorización expresa del juez del concurso, salvo que se trate de fiducias mercantiles que tengan por objeto la emisión de títulos o titularizaciones colocadas a través del mercado público de valores; en el segundo evento, es decir, en el caso de la liquidación judicial, los contratos al igual de lo que sucede cuando no se presenta el acuerdo de reorganización o no se confirme éste, se declaran terminados y finalizados con las consecuencias jurídicas que ello comporta, cual es que los bienes objeto de los mismos deben ser restituidos al patrimonio a liquidar, inclusive los dineros que constituyan la fuente de pago de tales contratos, y los acreedores beneficiarios del patrimonio autónomo serán tratados, se repite, como acreedores con garantía prendaria o hipotecaria, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitidos, circunstancia esta que se aplica para los acreedores beneficiarios de un contrato de fiducia mercantil cuando respecto de la empresa se inicie un proceso de reorganización, cuyas obligaciones serán objeto del acuerdo que se llegare a celebrar entre la sociedad deudora y sus acreedores.

h.- Con base en lo anteriormente expuesto, este despacho entra a resolver los interrogantes planteados, así:

- En cuanto al primer interrogante planteado, se tiene que, en el caso de una reorganización, en ninguna de las dos etapas allí indicadas, es decir, ni en la presentación de la solicitud ni en la aceptación de la misma,

es decir, ni en la presentación de la solicitud ni en la aceptación de la misma, se puede suspender los pagos a los acreedores beneficiarios de un contrato de fiducia mercantil de administración y fuente de pago, cuyo fideicomitente entró en un proceso de reorganización, pues, en este evento los contratos de fiducia continúan vigentes, pero no podrán ejecutarse sin autorización expresa del juez del concurso, es decir, que para hacer los pagos a los beneficiarios necesitan de la aludida autorización, el cual se haría en la forma y términos del respectivo contrato.

Ahora bien, en el caso de un proceso de liquidación judicial, la apertura del mismo conlleva, entre otros efectos, la terminación de los contratos de fiducia mercantil de administración y fuente de pago, celebrados por el deudor en calidad de constituyente, para amparar obligaciones propias o ajenas, con sus propios bienes, salvo aquellos contratos que el juez del concurso haya autorizado continuar su ejecución. Si se da la terminación del contrato de fiducia mercantil de administración y fuente de pago de pleno derecho, el juez del concurso ordenará la cancelación de los certificados correspondientes, cuyos acreedores serán tratados como acreedores con garantía prendaria o hipotecaria, de acuerdo a la naturaleza de los de los bienes fideicomitados que conforman el patrimonio autónomo. Es de advertir, que la terminación del contrato dentro de un proceso de liquidación judicial no exonera a los acreedores beneficiarios del mismo, de hacerse parte en el proceso en la oportunidad señalada para ello.

En torno al segundo interrogante, se observa que el hecho de que no se haya notificado a un acreedor, de la insolvencia de su deudor, no significa que el deudor (fideicomitente), pueda solicitar al fiduciario la devolución de los dineros objeto de recaudo y pendientes de pago a la entidad financiera en su calidad de acreedora y beneficiaria, máxime si se tiene en cuenta que la notificación personal en los procesos de insolvencia (reorganización y liquidación judicial), ya no es obligatoria, simplemente el legislador decidió darle publicidad e información a los acreedores al ordenar en la providencia que decreta el inicio del proceso (Artículos 29, numerales 2, 9 y 11; y 48, numerales 4 y 7, de la Ley 1116 de 2006), entre otros asuntos, su inscripción en el registro mercantil de la Cámara de Comercio del domicilio del deudor y de sus sucursales, es decir, es una típica medida de publicidad de los procesos concursales orientada a que los acreedores se informen de la existencia del proceso. Así mismo, como otro mecanismo de publicidad, se ordena al deudor elaborar un aviso que informe acerca de la existencia del proceso y fijarlo en un lugar visible al público y por el término fijado para uno u otro proceso. Adicionalmente, tratándose de un proceso de reorganización, el juez del proceso ordenará a los administradores y al promotor que, a través de los medios que juzguen idóneos, informen a todos los acreedores acerca de la fecha de inicio del proceso y transcriban el aviso que elabore la autoridad competente. No obstante, es de advertir que esta publicidad sustituye la tradicional y poco eficaz emplazamiento a los acreedores, con el fin de constituirse en un mecanismo mucho más adecuado para que éstos se enteren de la existencia del respectivo proceso concursal.

Al margen de lo anterior, se reitera que si al proceso de reorganización no se presenta el acuerdo o no se confirma éste, se debe decretar la apertura del proceso liquidatorio del deudor, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva, de una parte, la terminación y finalización del contrato de fiducia mercantil, y de otra, la restitución de los bienes fideicomitados al patrimonio a liquidar y de los dineros que constituyen su fuente de pago, y por consiguiente, los acreedores beneficiarios de la fiducia tendrían que hacerse parte al proceso concursal dentro de la oportunidad prevista para ello, los cuales serán tratados como acreedores con garantía prendaria e hipotecaria, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitados.

En relación con el tercer interrogante, se anota que, si el deudor se va a un proceso de liquidación judicial, la devolución de los dineros que constituyen la fuente de pago del contrato de fiducia mercantil de administración y fuente de pago se haría por parte de la fiduciaria dentro del plazo que el juez del concurso señale para el efecto, y no podrá alegar en su favor derecho de retención por concepto de comisiones, honorarios o remuneraciones derivadas del contrato, independientemente que se haya o no informado sobre la existencia del proceso concursal a los acreedores beneficiarios del mismo, a través de los mecanismos de publicidad descritos anteriormente.

**Más información:**

[AQUÍ](#)

## OFICIO 220-002368 DEL 09 DE ENERO DE 2020

### DOCTRINA:

#### PAGO DE UTILIDADES A INVERSIONISTAS EXTRANJEROS.

#### PLANTEAMIENTO:

*La pregunta a resolver está relacionada con la posibilidad de que exista una “sanción o amonestación, por la cancelación de dividendos a inversionistas extranjeros dentro del territorio colombiano y no a través de giro directo”.*

#### POSICIÓN DOCTRINAL:

i) El artículo 155 del Código de Comercio, preceptúa que “Salvo determinación en contrario, aprobada por el setenta por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la asamblea o en la junta de socios, las sociedades repartirán, a título de dividendo o participación, no menos del cincuenta por ciento de las utilidades líquidas obtenidas en cada ejercicio o del saldo de las mismas, si tuviere que enjugar perdidas de ejercicios anteriores”.

ii) Por su parte, el artículo 156 ídem, consagra que las sumas debidas a los asociados por concepto de utilidades formarán parte del pasivo externo de la sociedad y podrán exigirse judicialmente. Prestarán mérito ejecutivo el balance y la copia auténtica de las actas en que consten los acuerdos válidamente aprobados por la asamblea o junta de socios. Las utilidades que se repartan se pagarán en dinero efectivo dentro del año siguiente a la fecha en que se decreten, y se compensarán con las sumas exigibles que los socios deban a la sociedad.





iii) Conforme a lo anterior, es obligatorio para las sociedades comerciales repartir a sus accionistas o socios, a título de dividendo o participación, las utilidades líquidas obtenidas en cada ejercicio, o del saldo de las mismas en el evento allí previsto, las cuales deberán pagarse en dinero efectivo dentro del plazo estipulado. Sin embargo, es de advertir que tratándose de sociedades anónimas las utilidades podrán pagarse en forma de acciones liberadas de la compañía, si así lo dispone la asamblea con el voto del ochenta por ciento de las acciones representadas. A falta de esta mayoría, sólo podrán entregarse tales acciones a título de dividendo a los accionistas que así lo acepten (artículo 455 ejusdem).

iv) Ahora bien, en tratándose de inversionistas extranjeros en sociedades colombianas, es claro que el pago de los dividendos decretados puede hacerse en dinero efectivo o en especie, según lo decidido al respecto por la asamblea o junta de socios.

En el primer evento, esto es, el pago de dividendos en dinero efectivo a un inversionista extranjero se observa que éste debe hacerse, en principio, a través de giro directo a su país de origen, por devenir de una operación de cambio de obligatoria canalización a través del mercado cambiario.

En efecto, el artículo 4º del Decreto 1735 de 1993, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 7º. De la Resolución Interna No. 08 de 2000 del Banco de la República, preceptúa que “Únicamente las operaciones de cambio que a continuación se indican, deberán canalizarse a través del mercado cambiario: (...) 3. Inversiones de capital del exterior en el país, así como los rendimientos asociados a las mismas...”. (Resaltado fuera del texto). Artículo 31 de la citada resolución. Así mismo, el artículo 31 de la aludida resolución, que trata de adquisición de divisas, prevé que deberán canalizarse a través del mercado cambiario los pagos en moneda libremente convertible de los siguientes conceptos, derivados de una inversión de capital del exterior en Colombia. Registrada en el Banco de la República: “1. Las utilidades netas comprobadas que generan periódicamente las inversiones de capital del exterior en Colombia, de conformidad con las normas pertinentes”.

En el segundo caso, es decir, el pago de dividendos en especie, con acciones liberadas de la compañía, se anota que esta opción le permite al inversionista extranjero incrementar su inversión, sin necesidad de reintegrar nuevas divisas al país. No obstante, y como quiera que se trata de unos dividendos derivados de la inversión de capital del exterior en Colombia, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 10º del Decreto 2080 de 2000, que trata de los derechos cambiarios, él que consagra lo siguiente:

“La inversión de capitales del exterior realizada en cumplimiento de las normas de este Estatuto da derechos a su titular para: a) Reinvertir utilidades, o retener en el superávit las utilidades no distribuidas con derecho a giro; b) Capitalizar las sumas con derecho a giro, producto de obligaciones derivadas de la inversión; c) Remitir al exterior en moneda libremente convertible las utilidades netas comprobadas que generen periódicamente sus inversiones con base en los balances de fin de cada ejercicio social o con base en estos y el acto o contrato que rige el aporte cuando se trata de inversión directa. d) Remitir al exterior en moneda libremente convertible las sumas recibidas producto de la enajenación de la inversión dentro del país o de la liquidación de la empresa o portafolio o de la reducción del capital”.



De otra parte, se precisa que, si los ingresos recibidos como dividendos son utilizados para la compra de acciones, cuotas sociales, aportes a empresas, compra de bienes inmuebles y demás, de conformidad a lo contemplado en el literal a) numerales i y ii del artículo 3º del Decreto 2080, deberá diligenciar el formulario cambiario No. 11 con el numeral cambiario número 35 “sumas con derecho a giro”; otra norma cambiaria que hace referencia a ello es la DCIN 083 del 2013, en cuyo capítulo siete (7), numeral 7.2.1.2 Otras modalidades literal (E) Sumas con derecho a giro, indica lo siguiente: “Las sumas con derecho a giro susceptibles de ser capitalizadas comprenden las que se deriven de operaciones obligatoriamente canalizables a través del mercado cambiario, así como las regalías derivadas de contratos debidamente registrados”.

En otras palabras, no se pierden los Derechos Cambiarios si los dividendos obtenidos por un accionista extranjero, fueron pagados en acciones liberadas de la misma sociedad o en inmuebles de la sociedad, caso en el cual, deberá procederse a registrar estos bienes como inversión extranjera ante el Banco de la República.

v) A pesar de lo anterior, es de advertir que de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 4º de la Resolución Externa No. 8 de 2000, expedida por el Banco de la República, quien incumpla cualquier obligación establecida en el régimen cambiario, se hará acreedor a las sanciones previstas en las normas legales pertinentes, sin perjuicio de las sanciones tributarias, aduaneras y penales aplicables, norma modificada por la R.E. 14/2016. Art. 2º. Boletín Banco de la República. No. 40 del 30 de septiembre de 2016.

**Más información:**  
**AQUÍ**

