



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

CONCEPTOS JURÍDICOS EMITIDOS POR LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Enero 2021



**El futuro
es de todos**

**Gobierno
de Colombia**

OFICIO 220-000702 DEL 08 DE ENERO DE 2021

DOCTRINA:

ELECCIÓN JUNTA DIRECTIVA – CUOCIENTE ELECTORAL

PLANTEAMIENTO:

1. *“¿En qué consiste el sistema de cuociente electoral, en materia de elecciones de miembros de Junta Directiva de las empresas y cómo se aplica la regla de los residuos para hacer la elección de la Junta Directiva?”*
2. *¿En la elección por listas o planchas, dos o más accionistas o acreedores prendarios con derechos políticos, pueden votar por la misma lista o plancha?*
3. *¿El sistema de cuociente electoral, garantiza una representación directamente proporcional a la propiedad accionaria de la compañía en la Junta Directiva?*
4. *En el caso hipotético que se plantea, para la elección de los miembros de Junta Directiva, ¿Los assembleístas deben realizar la votación a listas que proponga uno, alguno o todos los accionistas y acreedores prendarios con derechos políticos, conforme lo establece el artículo 197 del Código de Comercio, o por la estipulación estatutaria, cada accionista o acreedor prendario con derechos políticos, debe designar el número de miembros que, según su cuociente electoral, le permita elegir, sin proponer listas o planchas?*
5. *¿Qué garantías tienen los accionistas minoritarios y titulares de derechos políticos minoritarios cuando se aplica el sistema del cuociente electoral para la elección de los miembros de Junta Directiva?*
6. *Al aplicar el sistema del cuociente electoral ¿Cómo se realiza el cómputo de las votaciones de cada accionista o titular de derechos políticos para conformar la Junta Directiva de una sociedad que se encuentra conformada por cinco (5) miembros?*

7. *De conformidad con la disposición estatutaria de la sociedad y la participación accionaria mencionada, de acuerdo al sistema del cuociente electoral, ¿Es válido afirmar que por cada 400.000 acciones que detente un accionista o acreedor prendario con derechos políticos, se tiene derecho a designar un (01) miembro de junta Directiva, sin necesidad de conformar listas y votar por éstas?*
8. *Pueden dos o más accionistas o acreedores prendarios con derechos políticos, presentar y votar una misma lista, pretendiendo con ello, ¿Obtener un mayor número de miembros en la Junta Directiva de la Empresa? ¿Se desconocería con ello, el derecho de los accionistas o acreedores prendarios con participaciones minoritarias?*
9. *De conformidad con el sistema del cuociente electoral ¿Cómo se calcula el residuo más alto para asignar cargos de la junta directiva que se encuentren pendientes por asignar?"*

POSICIÓN DOCTRINAL:

Está previsto en el artículo 197 del Código de Comercio que para el efecto se transcribe:

“Siempre que en las sociedades se trate de elegir a dos o más personas para integrar una misma junta, comisión o cuerpo colegiado, se aplicará el sistema del cuociente electoral.

Este se determinará dividiendo el número total de votos válidos emitidos por el de las personas que hayan de elegirse.

El escrutinio se comenzará por la lista que hubiere obtenido el mayor número de votos y así en orden descendente.

De cada lista se declararán elegidos tantos nombres cuantas veces quepa el cuociente en el número de votos emitidos por la misma, y si quedaran puestos por proveer, estos corresponderán a los residuos más altos, escrutándolos en el mismo orden descendente.

En caso de empate de los residuos decidirá la suerte. Los votos en blanco sólo se computarán para determinar el cuociente electoral.

Cuando los suplentes fueren numéricos podrán reemplazar a los principales elegidos en la misma lista. Las personas elegidas no podrán ser reemplazadas en elecciones parciales, sin proceder a nueva elección por el sistema del cuociente electoral, a menos que las vacantes se provean por unanimidad".

De la referida norma se desprende que para determinar el cuociente electoral, debe dividirse el número de votos válidos incluidos los votos en blanco, por el número de personas que hayan de elegirse, con el fin de obtener el cuociente, el número que resulte, se dividirá, por el número de votos que hubiere obtenido cada lista, operación en la que en orden descendente, se establecerán los nombres de los elegidos y si quedaren

puestos por proveer, se asignarán a los de los residuos más altos, también en orden descendente. Así pues, si la sociedad a la que usted pertenece corresponde a cualquiera de los tipos sociales previstos en el Código de Comercio, no puede aplicarse para adoptar esta decisión, la mayoría del 75%, prevista en los estatutos para las demás decisiones; si, por el contrario, la sociedad es una Sociedad por Acciones Simplificada, la regla a aplicar es la prevista en el artículo 25 de la Ley 1258 de 2008, en cuyo parágrafo, prevé lo siguiente:

“En caso de pactarse en los estatutos la creación de una junta directiva, esta podrá integrarse con uno o varios miembros respecto de los cuales podrán establecerse suplencias. Los directores podrán ser designados mediante cuociente electoral, votación mayoritaria o por cualquier otro método previsto en los estatutos.

Las normas sobre su funcionamiento se determinarán libremente en los estatutos. A falta de previsión estatutaria, este órgano se regirá por lo previsto en las normas legales pertinentes.”

En lo que corresponde al período de duración de la junta directiva, téngase en cuenta lo dispuesto por los incisos segundo y tercero del artículo 198 del Código de Comercio que tratan de la elección y remoción de administradores, cuyos textos a continuación se transcriben:

“Las elecciones se harán para períodos determinados en los estatutos, sin perjuicio de que los nombramientos sean revocados libremente en cualquier tiempo. Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato que tiendan a establecer la inamovilidad de los administradores elegidos por la asamblea general, junta de socios o por juntas



directivas, o que exijan para su remoción mayorías especiales distintas a las comunes”

De la norma anterior, también se desprende que también quien o quienes se desempeñen como directivos, pueden ser reelegidos, cuando así lo estime conveniente el órgano que tenga a su cargo la designación.

En lo que corresponde a la posibilidad de reelegir una junta directiva en una sociedad por acciones simplificada, a juicio de esta Oficina, la prohibición que se concreta en la inamovilidad en el cargo, podría también ser aplicable; desde luego, que sin perjuicio de la posibilidad de ser reelegidos por decisión del máximo órgano social y/o en el evento en que la junta esté integrada por un miembro que a su vez sea el único dueño.”

En la misma dirección, en reciente providencia judicial proferida por la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de esta Superintendencia, se consideró lo siguiente:

“Para empezar, de conformidad con lo establecido en el artículo 436 del Código de Comercio, los miembros de junta directiva “serán elegidos por la asamblea general, para períodos determinados y por cuociente electoral, sin perjuicio de que puedan ser



reelegidos o removidos libremente por la misma asamblea”.

En línea con tal disposición, el artículo 197 del Código de Comercio consagra el denominado sistema de cuociente y residuo electoral, por cuya virtud han de elegirse los miembros de una junta directiva o de cualquier otro órgano social colegiado. Conforme lo ordena la mencionada disposición normativa, “[s]iempre que en las sociedades se trate de elegir a dos o más personas para integrar una misma junta, comisión o cuerpo colegiado, se aplicará el sistema de cuociente electoral”. Reyes Villamizar explica que este sistema “asegura que, a lo menos, los bloques de accionistas minoritarios puedan acceder al órgano de administración”.

En esta misma línea, Martínez Neira agrega que “si se eligieran cuerpos colegiados por el principio de mayorías, estrictamente, los grupos de mando excluirían de la administración social a los tenedores de menores porciones de capital”.

Ahora bien, en lo que se refiere a las sociedades por acciones simplificadas, el artículo 25 de la Ley 1258 de 2008 dispuso expresamente que, en este tipo societario, a

diferencia de la sociedad anónima, no es obligatorio tener junta directiva. En todo caso, si los accionistas deciden crear estatutariamente dicho órgano, el párrafo del mismo artículo establece que “[...] podrá integrarse con uno o varios miembros respecto de los cuales podrán establecerse suplencias.

Los directores podrán ser designados mediante cuociente electoral, votación mayoritaria o por cualquier otro método previsto en los estatutos. Las normas sobre su funcionamiento se determinarán libremente en los estatutos. A falta de previsión estatutaria, este órgano se regirá por lo previsto en las normas legales pertinentes”.

Lo anterior es una expresión de deferencia por el principio de autonomía de la voluntad y de la flexibilidad que caracteriza a este tipo societario. De ahí que, cuando se trata de sociedades de la naturaleza indicada, la forma de elección de los miembros de la junta directiva puede pactarse libremente en los estatutos sociales. Como lo ha explicado esta Superintendencia, “la designación de los miembros de la junta directiva en una [SAS], se regula de acuerdo con los estatutos

sociales. En caso de que no exista regulación sobre el particular, deberán aplicarse las normas generales contenidas en el Código de Comercio, esto por expresa remisión del artículo 25 de la Ley 1258 de 2008”.

Ciertamente, en la doctrina especializada se ha dicho que “la ley SAS provee, según se señaló, el mayor grado de libertad contractual para definir las normas sobre funcionamiento, cuyo alcance se determinará voluntariamente en los estatutos”

Pues bien, en el inciso final del artículo 32 de los estatutos sociales de cada una de las compañías demandadas, se reguló la forma de elección de los miembros del órgano en mención.

Al respecto, se pactó que “[l]os miembros de la junta directiva serán elegidos por la asamblea general de accionistas de una lista compuesta por cinco (5) candidatos, los tres (3) candidatos que obtengan la mayor votación serán designados como miembros de este órgano” (vid. Folio 610).

La redacción de la estipulación citada, como es evidente, resulta bastante imprecisa, particularmente en cuanto al procedimiento para seleccionar la lista de cinco candidatos de la cual finalmente deben escogerse los tres miembros de la junta directiva.

En este sentido, debe llamarse la atención sobre el hecho de que, si los sujetos interesados deciden regular el procedimiento de elección de un órgano colegiado a efectos de aplicar un método distinto al cuociente electoral, es su carga precisar el detalle y anticiparse a posibles dificultades, so pena de tenerse que enfrentar, posteriormente, a controversias como las puestas en consideración del Despacho.

A partir de la estipulación citada, por ejemplo, podrían presentarse varias hipótesis de elección de los miembros junta directiva que, en estricto sentido formal, podrían ajustarse.

Una primera opción podría ser que la lista inicial de cinco personas sea escogida por el método del cuociente electoral, de manera que cualquier accionista tendría la oportunidad de postular planchas o listas con cualquier número de candidatos, para que al final se seleccionen con esa fórmula los cinco sujetos de los cuales debe procederse a la designación de los tres. Una segunda opción podría ser que cada accionista, o grupo de accionistas, tenga la oportunidad de presentar, estrictamente, listas de cinco personas —no de un número diferente—. Se tendrían entonces varias listas de cinco personas de las cuales habría de seleccionarse una por mayoría, para posteriormente, de esa, designar los tres miembros.

Una tercera posibilidad podría ser que se fije un plazo para que cualquier accionista pueda presentar sus candidatos con sus hojas de vida al representante legal o al órgano que se quiera, de manera que cumplido ese plazo, se examinen los postulados y dicho funcionario u órgano determine las planchas de cinco personas que quedaron conformadas y que serán posteriormente sometidas a votación de la asamblea para finalmente, por mayoría, seleccionar la lista definitiva de cinco y escoger los tres miembros de junta directiva.

A las posibilidades antes mencionadas pueden agregarse varias más, todas con evidentes dificultades, particularmente derivadas de la inexactitud del aludido pacto estatutario.



Este escenario no resulta para nada alentador, pues el grado de incertidumbre en cuanto al procedimiento para designar dicho órgano social debería ser mínimo. En todo caso, no le corresponde a este Despacho indicar a las partes cuál es la fórmula adecuada, pues si su decisión fue apartarse del método previsto en la ley, es su autonomía de la voluntad la que debe primar. De ahí que lo propio debería ser que se busque la adopción de una reforma estatutaria, a efectos de que se regule de forma precisa el procedimiento para designar a los miembros de la junta directiva de las sociedades demandadas. Por lo pronto, la consecuencia de la imprecisión antes descrita no podría ser otra que aceptar cualquier forma designación de los cinco primeros candidatos, siempre que se cumpla que los tres que finalmente integraran el órgano social las personas con mayor votación de esa primera lista...”

Como se puede apreciar, de los pronunciamientos transcritos, la S.A.S. revolucionó la conformación de la estructura orgánica y administrativa de las sociedades tradicionales, en tanto que les otorgó la posibilidad de constituir o no junta directiva, y en caso de que sea constituida les otorgó la posibilidad de aplicar o no el sistema de cuociente electoral para elegir a sus miembros, definir el procedimiento que a bien les parezca

en la organización de sus estatutos y asumir sus consecuencias.

Sin embargo, en silencio de los estatutos, deberá acudirse a las normas ordinarias de la sociedad anónima, tal y como lo señala el artículo 45 de la Ley 1258 de 2008:

“ARTÍCULO 45. REMISIÓN. En lo no previsto en la presente ley, la sociedad por acciones simplificada se regirá por las disposiciones contenidas en los estatutos sociales, por las normas legales que rigen a la sociedad anónima y, en su defecto, en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen a las sociedades previstas en el Código de Comercio. Así mismo, las sociedades por acciones simplificadas estarán sujetas a la inspección, vigilancia o control de la Superintendencia de Sociedades, según las normas legales pertinentes.

PARÁGRAFO. Los instrumentos de protección previstos en la Ley 986 de 2005, se aplicarán igualmente a favor del titular de una sociedad por acciones simplificada compuesta por una sola persona.”

El caso que se consulta resulta opaco, como quiera que simplemente se hace una somera alusión a las disposiciones estatutarias en el sentido de señalar que la elección de la junta directiva se realizará por el sistema de cuociente electoral, pero se desconocen las previsiones integrales de la conformación estatutaria.

En tales condiciones se asume que debe darse estricta aplicación a las previsiones del artículo 45 de la Ley 1258 de 2008, según el cual en silencio de los estatutos rigen las previsiones del Código de Comercio, principalmente para sociedad anónima.

1. El sistema de cociente electoral consiste en la elección de dos o más personas para una junta, comisión o cuerpo colegiado, en los términos del artículo 197 del Código de Comercio.

La Circular Básica Jurídica de esta Superintendencia lo explica de la siguiente manera:

“K. Elección de miembros de junta directiva Siempre que se trate de elegir a dos o más personas para integrar una misma junta, comisión o cuerpo colegiado, se aplicará el sistema de cociente electoral conforme lo establece el artículo 436 del Código de Comercio.

Conforme lo prevé el artículo 197 del Código de Comercio, el sistema de cociente electoral, se aplicará de la siguiente forma:

- a. Se suman el número total de votos válidos emitidos.
- b. La cifra anterior se divide por el número de cargos principales a proveer.
- c. El número de votos a favor de cada lista se dividirá por el cociente obtenido en la forma indicada en el ítem anterior.
- d. El cociente obtenido registra el número de cargos a que tiene derecho cada lista.
- e. Si se agotan las listas con cocientes en número entero, se acudirán al residuo de cada una de las operaciones.
- f. Los cargos restantes se proveerán en atención al número mayor obtenido en el residuo por cada lista, hasta agotar el número de miembros requeridos.
- g. En caso de empate de los residuos decidirá a la suerte.

Si se trata de reemplazar a uno de los miembros ya sea porque renunció o porque es removido por el máximo órgano social, y el suplente no puede reemplazarlo por iguales razones, la nueva elección deberá hacerse aplicando el

sistema del cociente electoral, eligiendo nuevamente la totalidad de la junta directiva a menos que la (s) vacante (s) se provea (n) por unanimidad.”

2. En la elección de los directivos siempre debe mediar la conformación de listas o planchas con el propósito de asegurar la participación de todos los accionistas en la elección, de acuerdo con su preferencia y libre albedrío.

Desde luego que los acreedores prendarios con derechos políticos pueden votar por la lista que a bien les parezca.

Así lo ha señalado esta Superintendencia de manera reiterada:

“En torno al ejercicio del derecho de voto por parte de los acreedores prendario y anticrético, así como del usufructuario, esta superintendencia mediante Concepto N° 97008759-2 del 2 de abril de 1997 señaló:

En los casos de la prenda, el usufructo y la anticresis se aprecia claramente cómo la ley admite el derecho de voto en varias cabezas así la propiedad esté radicada en una sola y en esos eventos, no es posible pretender que el sentido del voto que emite el propietario con las acciones libres de gravamen, deba ser igual al que decida asignarle el acreedor prendario, lo que constituye un obvio reconocimiento del derecho al voto para cada acción, antes que el derecho de voto para cada accionista’ (Ofi. 220-17945 de agosto 6 de 1993 y Ofi. 220-2764 de febrero 9 de 1994. Cfr. Doctrina y Conceptos Jurídicos 1995, págs. 219 y 220».”

3. El sistema de cociente electoral no supone que haya proporcionalidad en la composición de la junta directiva, puesto que la elección se hace por votación como se indicó en el numeral primero, de forma



que quienes quedan elegidos son los que obtienen la posición por el sistema de cuociente electoral.

4. En el caso hipotético planteado se menciona que los estatutos determinan que la elección de los directivos se hace por cuociente electoral, de forma tal que no se entiende cómo puede haber otra estipulación estatutaria que defina un procedimiento diferente.

Si es cuociente electoral, debe seguirse el procedimiento explicado en el numeral 1° de esta respuesta, debe haber planchas debidamente conformadas, de forma que puedan votar libremente los accionistas y los acreedores prendarios con derechos políticos, como antes fue indicado.

Desde luego que la S.A.S. puede optar por cuociente electoral, votación mayoritaria o por cualquier otro método previsto en los estatutos.

5. El sistema de cuociente electoral está especialmente diseñado para proteger a los minoritarios, en tanto que les permite elegir miembros de junta directiva por el método señalado, con la posibilidad de tener representación en la junta directiva, sin que queden sometidos a la votación por mayoría.

Así se explica en el pronunciamiento que se transcribe a continuación:

“... en primer término es preciso observar que el procedimiento del cuociente electoral previsto en los artículos 197 y 436 del Código de Comercio, para integrar la junta directiva en una sociedad, es de carácter imperativo; por lo tanto, siempre que se trate de elegir a dos o más personas para integrar una misma junta, comisión o cuerpo colegiado se debe aplicar este sistema, excepción hecha de los casos en que las vacantes se provean por unanimidad, como lo advierte el inciso tercero del citado artículo 197.

Lo anterior, toda vez que la administración del ente societario por medio de la integración de juntas directivas, tiene como finalidad no solo obtener la colaboración de varias personas para cumplir este encargo, sino que tales cuerpos colegiados estén conformados por representantes de los diversos grupos o tendencias que existan en el seno de la asamblea general, en aras a lograr que el voto sea eficaz no solo para aprobar e improbar las cuentas de fin de ejercicio, sino para designar las personas que orienten los negocios de la sociedad, conforme al querer de la mayoría. Por lo anterior, en la elección de la junta directiva, tanto los accionistas mayoritarios como los minoritarios tienen el derecho de presentar sus respectivas

planchas, a fin de que mediante su participación por virtud de la aplicación del sistema del cuociente electoral, se vean reflejados sus intereses en las decisiones de la junta directiva, lo cual presupone que los socios minoritarios conozcan sus derechos y los ejerzan.

De lo dicho se concluye que el único mecanismo aplicable para elegir la junta directiva es el sistema del cuociente electoral, instrumento jurídico que así no esté consagrado en los estatutos, debe aplicarse, se reitera, en forma imperativa.” Consecuente con lo expuesto frente a sus interrogantes es dable reiterar que la facultad de elegir el órgano social mencionado, ineludiblemente reposa en cabeza de la asamblea general de accionistas, mediante la aplicación del sistema de cuociente electoral, el cual tiene su razón de ser precisamente en la protección de las minorías, lo que explica que sólo sea posible prescindir del mismo, en los casos en los cuales hayan de llenarse vacantes en elecciones parciales, siempre y cuando la elección se haga por unanimidad.”

7. Como antes fue indicado, si la S.A.S. opta por el sistema de cuociente electoral para conformar junta directiva, debe aplicarlo en toda su extensión. Pero de no ser ello así,

puede adoptar el sistema de mayorías o cualquier otro que libremente se estipule en los estatutos, inclusive otorgando a los accionistas la posibilidad de conformarla proporcionalmente a las participaciones sin necesidad de constitución de planchas o listas de votación.

8. Los accionistas y los acreedores prendarios con derechos políticos pueden votar en la lista que a bien les parezca y obtener por cuociente los miembros que alcancen a posicionar. Se reitera que, en la elección de la junta directiva, tanto los accionistas mayoritarios como los minoritarios tienen el derecho de presentar sus respectivas planchas, a fin de que mediante su participación por virtud de la aplicación del sistema del cuociente electoral, se vean reflejados sus intereses en las decisiones de la junta directiva, lo cual presupone que los socios minoritarios conozcan sus derechos y los ejerzan.



OFICIO 220-005098 DEL 27 DE ENERO DE 2021

DOCTRINA:

TRATAMIENTO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN COLOMBIA DIFIERE DEL CONCEPTO DE SOCIEDAD EXTRANJERA CON SEDE EFECTIVA DE ADMINISTRACIÓN EN COLOMBIA

PLANTEAMIENTO:

- 1. “¿Las sociedades extranjeras que cuentan con su sede efectiva de administración en el país pueden ser considerados como residentes para efectos cambiarios?”*
- 2. ¿Es posible entender que el pago de los dividendos decretados por la sociedad colombiana en favor de su accionista que cuenta con su sede efectiva de administración en Colombia conserva la naturaleza cambiaria de una operación interna?”*

POSICIÓN DOCTRINAL:

i. En materia de regulación de cambios internacionales, la Constitución Política de 1991 conservó la figura de la ley marco (artículo 150, numeral 19, literal b) y asignó a la Junta Directiva del Banco de la República la calidad de autoridad cambiaria, conforme a las funciones que le asigne la ley (artículos 371 y 372).

ii. Con este propósito, la Ley 9 del 17 de enero de 1991, por la cual se dictan normas generales a las que deberá sujetarse el Gobierno Nacional para regular los cambios internacionales y se adoptan medidas complementarias, estableció lo siguiente en su artículo 15:

“Artículo 15. Régimen de inversiones. El régimen general de la inversión de capitales del exterior en el país y de las inversiones colombianas en el exterior será fijado por el Gobierno Nacional. En desarrollo de esta función se señalarán las modalidades, la destinación, forma de aprobación y las condiciones generales de esas inversiones.

Efectuada una inversión de capitales del exterior en el país en debida forma, el inversionista tendrá derecho para remitir al exterior las utilidades provenientes de la inversión y para reembolsar el capital invertido y las ganancias de capital, con sujeción a los límites y condiciones que señale el Gobierno Nacional.

(...)

iii. Por su parte, la Junta Directiva del Banco de la Republica, emitió la Resolución Externa 8 de 2000, por medio de la cual se compendia el régimen de cambios internacionales, y sus artículos 6° a 9° establecen lo siguiente:

“Artículo 6o. DEFINICION. El mercado cambiario está constituido por la totalidad de las divisas que deben canalizarse obligatoriamente por conducto de los intermediarios autorizados para el efecto o a través del mecanismo de compensación previsto en esta resolución. También formarán parte del mercado cambiario las divisas que, no obstante estar exentas de esa obligación, se canalicen voluntariamente a través del mismo.

Artículo 7o. OPERACIONES. Las siguientes operaciones de cambio deberán canalizarse obligatoriamente a través del mercado cambiario: 1. Importación y exportación de bienes. 2. Operaciones de endeudamiento externo celebradas por residentes en el país, así como los costos financieros inherentes a las mismas. 3. Inversiones de capital del exterior en el país, así como los rendimientos asociados a las mismas. 4. Inversiones de capital colombiano en el exterior, así como los rendimientos asociados a las mismas. (...)

Artículo 8o. PLAZO GENERAL DE REINTEGRO. Salvo lo dispuesto en normas especiales, las divisas provenientes de operaciones de cambio del mercado cambiario deben canalizarse por conducto de los intermediarios autorizados para el efecto o a través del mecanismo de compensación previsto en esta resolución, dentro de un plazo máximo de seis meses, contados desde la fecha de recepción de las divisas.



Artículo 9o. PAGO DE OBLIGACIONES. Las divisas para el pago de obligaciones provenientes de operaciones de cambio del mercado cambiario deben canalizarse por conducto de los intermediarios autorizados para el efecto o a través del mecanismo de compensación previsto en esta resolución”.

iv. A su vez, el Decreto 119 del 26 de enero de 2017, por el cual se modifica el Decreto 1068 de 2015 en lo relacionado con el régimen general de la inversión de capitales del exterior en Colombia y de las inversiones colombianas en el exterior, cuyo fin es el de propiciar la internacionalización de la economía colombiana y de aumentar su competitividad en los mercados externos, actualizó la regulación de la inversión de capitales del exterior en Colombia y de las inversiones colombianas en el exterior, para poder contar con un marco acorde con los estándares internacionales. A su vez, reguló el concepto de residencia para efectos cambiarios con el fin de poder establecer con mayor certeza y objetividad, la condición de residente o no residente en Colombia, por lo que en su artículo primero decretó lo siguiente:

“Artículo 1. Modificase el artículo 2.17.1.2. del Decreto 1068 de 2015, el cual quedará así:

Artículo 2.17.1.2. Definición de residencia para fines cambiarios. Sin perjuicio de lo establecido en tratados internacionales y leyes especiales, para efectos del régimen cambiario:

1 Se consideran como residentes:

a). Las personas naturales nacionales colombianas que habiten en el territorio nacional o las extranjeras que permanezcan continua o discontinuamente en el país por de ciento ochenta y (183) días calendario, incluyendo los días de entrada y de salida del país, durante un periodo de trescientos sesenta y cinco (365) días calendario consecutivos.

b) Las entidades de derecho público, las personas jurídicas. incluidas las entidades sin ánimo de lucro, que tengan su domicilio principal en el país. Igualmente, tienen la condición de residentes para efectos cambiarios las sucursales de sociedades extranjeras establecidas en el país

2. Se consideran como no residentes:

a) personas naturales nacionales colombianos o extranjeros que no cumplan la condición de permanencia prevista en literal a) del numeral 1 de este artículo;

b) Las personas jurídicas que no tengan su domicilio principal dentro del territorio nacional, incluidas aquellas sin ánimo de lucro, y

e) Otras entidades que no tengan personería jurídica ni domicilio dentro del territorio nacional.”

Por su parte, el título segundo del Decreto 119 del 26 de enero de 2017, que consagra el régimen general de la inversión de capitales

del exterior en Colombia y de las inversiones colombianas en el exterior, dispone en el capítulo 1, cual es el ámbito de su aplicación y, en consecuencia, a continuación, se transcriben algunas normas:

“Artículo 2.17.2.1.1. Régimen de Inversiones Internacionales. El Régimen de Inversiones Internacionales del país contenido en el presente Título regula el régimen de la inversión de capitales del exterior en Colombia y de las inversiones colombianas en el exterior.

Todas las disposiciones en materia de inversiones internacionales deberán ceñirse a las prescripciones contenidas en este Título, sin perjuicio de lo pactado en los tratados o convenios internacionales vigentes.”

En consecuencia, se consideran como inversiones internacionales sujetas al presente Título:

a) La inversión de capitales del exterior en el país, por parte de no residentes en Colombia, y (...).”

“Artículo 2.17.2.2.1.5. Inversionista de capitales del exterior. Se considera inversionista de capitales del exterior a toda persona natural o jurídica u otras entidades no residentes conforme con la definición del artículo 2.17.1.2. del presente Decreto, titulares de una inversión extranjera directa o de portafolio en los términos previstos en el presente Título.”

“SECCIÓN 3. Derechos cambiarios y otras garantías.

Artículo 2.17.2.2.3.1. Derechos cambiarios.

Efectuada la inversión de capitales del exterior en los términos establecidos en este



Título y presentada la declaración de registro de la inversión ante el Banco de la República en los términos y condiciones que establezca dicha entidad, el inversionista podrá ejercer los siguientes derechos cambiarios:

- a) Reinvertir utilidades, o retener en el superávit las utilidades no distribuidas con derecho a giro;
- b) Capitalizar las sumas con derecho a giro, que comprendan recursos en moneda nacional o cualquier otro bien o derecho, 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, o con base en el cierre de cuentas del respectivo administrador cuando se trate de inversión de portafolio y;
- 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 de su capital. Parágrafo. Lo dispuesto en el presente Título se entiende sin perjuicio de las facultades de la Junta

Directiva del Banco de la República como autoridad monetaria, cambiaria y crediticia. (...)"

v. En términos de los procedimientos aplicables a las operaciones cambiarias, se sugiere consultar en la Página WEB: www.bancorep.gov.co, en la que podrá encontrar la circular DCIN-083 emanada del Banco de la República y sus modificaciones (Capítulo 7), que regula los tramites aplicables a cada una de las operaciones cambiarias.

De la reglamentación transcrita, puede observarse la naturaleza imperativa de las normas cambiarias y de las reglas aplicables a las operaciones de cambio,

El caso objeto de análisis, corresponde a una operación de inversión extranjera en Colombia, regulada por el Decreto 119 del 26 de enero de 2017 (y demás normas aplicables), normatividad que comporta un conjunto de reglas, entre otras, aquellas relativas a la calidad de no residente, al registro de la inversión, así como de los respectivos derechos cambiarios que, a juicio de este Despacho, y salvo mejor opinión del Banco de la República, no pueden verse modificadas por reglamentaciones de otras materias.

Lo anterior, puesto que de acuerdo con el Decreto 119 del 26 de enero de 2017, una sociedad extranjera que invierta en el país bajo cualquiera de las modalidades establecidas, mantiene su calidad de inversionista extranjero hasta la cancelación del registro de la inversión, de suerte que si la operación correspondiente al giro de los dividendos generados en el país, habrán de canalizarse necesariamente a través del mercado cambiario y dentro de los procedimientos que para el efecto determine el Banco de la República, en la Circular DCIN-083 y sus modificaciones, sin que pueda considerarse como una operación interna

para efectos cambiarios, ni aun en el evento en que la sociedad inversionista del exterior, sin domicilio principal en el país, tuviera su sede efectiva de administración en Colombia.



OFICIO 220-005720 DEL 28 DE ENERO DE 2021

DOCTRINA:

REUNIONES NO PRESENCIALES

PLANTEAMIENTO:

1. *“¿Podría convocar a reunión ordinaria de junta de socios para el año 2021 de manera virtual?”*
2. *¿Con cuántos días de antelación se deben enviar las convocatorias y con qué requisitos?”*
3. *¿De qué manera se llevaría a cabo la inspección de los libros de contabilidad?”*

POSICIÓN DOCTRINAL:

“(…)

b. Reuniones no presenciales:

El artículo 19 de la Ley 222 de 1995, modificado por el artículo 148 del Decreto 019 de 2012, regula las reuniones no presenciales en los siguientes términos:

“Artículo 19. Reuniones no presenciales. Siempre que ello se pueda probar, habrá reunión de la junta de socios, de asamblea general de accionistas o de junta directiva cuando por cualquier medio todos los socios o miembros puedan deliberar y decidir por comunicación simultánea o sucesiva. En este último caso, la sucesión de comunicaciones deberá ocurrir de manera inmediata de acuerdo con el medio empleado.”

Por su parte, el Decreto 398 de 2020, adicionó el capítulo 16 del título 1 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1074 de 2015, el cual

en el artículo 2.2.1.16.1, se refiere a las reuniones no presenciales, así:

“Artículo 2.2.1.16.1. Reuniones no presenciales. Para los efectos de las reuniones no presenciales de que trata el artículo 19 de la Ley 222 de 1995, modificado por el artículo 148 del Decreto Ley 019 de 2012, cuando se hace referencia a «todos los socios o miembros» se entiende que se trata de quienes participan en la reunión no presencial, siempre que se cuente con el número de participantes necesarios para deliberar según lo establecido legal o estatutariamente.

El representante legal deberá dejar constancia en el acta sobre la continuidad del quórum necesario durante toda la reunión. Asimismo, deberá realizar la verificación de identidad de los participantes virtuales para garantizar que sean en efecto los socios, sus apoderados o los miembros de junta directiva.

Las disposiciones legales y estatutarias sobre convocatoria, quorum y mayorías de las reuniones presenciales serán igualmente aplicables a las reuniones no presenciales de que trata el artículo 19 de la Ley 222 de 1995, modificado por el artículo 148 del Decreto Ley 019 de 2012.

Parágrafo. Las reglas relativas a las reuniones no presenciales serán igualmente aplicables a las reuniones mixtas, entendiéndose por ellas las que permiten la presencia física y virtual de los socios, sus apoderados o los miembros de junta directiva.”

De esta manera, las personas jurídicas podrán realizar las reuniones ordinarias, por medios digitales, y para tal fin se deberán aplicar las disposiciones relativas al quorum, convocatorias y mayorías, dispuestas en los estatutos o en la normatividad vigente.” (Subraya y Negrilla fuera del texto).

Respecto de su tercera inquietud, se considera suficiente para contestar la misma, transcribir los siguientes apartes del Oficio 220- 084724 del 21 de mayo de 2020 de la Superintendencia de Sociedades, que señala lo siguiente:

“En lo que concierne al punto relacionado con el ejercicio del derecho de inspección, a través de mecanismos virtuales, sin que tal práctica pueda hacer que se filtren documentos o comprobantes valiosos para la empresa, respecto de lo cual se pregunta ¿Cuáles serán los límites para el administrador al momento de permitir el acceso digital a la información en ejercicio de derecho de inspección para evitar incurrir en responsabilidad por violación de sus deberes e infracción de derechos de propiedad intelectual de la sociedad?, es del caso anotar

en primer lugar, que la Superintendencia mediante la Circular No. 100-000002 del 17 de marzo de 2020, expresó lo siguiente: “Para el ejercicio del derecho de inspección y evitar en lo posible los desplazamientos, la Superintendencia invita a las sociedades supervisadas a establecer mecanismos virtuales para facilitar su desarrollo, de forma que la información correspondiente se ponga a disposición de los socios que así lo requieran, por supuesto, con las seguridades que se consideren necesarias debido al tipo de información de que se trata.”.

Acorde con la anterior instrucción y en el entendido que las reuniones pueden ser no presenciales o mixtas y teniendo en cuenta que no existe una regulación específica para el ejercicio en forma virtual del derecho de inspección, es del caso puntualizar que es del resorte exclusivo de cada compañía, implementar los mecanismos manuales o tecnológicos, acordes con las directrices legales que regulan el derecho de inspección, para garantizar que a los socios alcancen el ejercicio de este derecho, y correlativamente que la compañía pueda proteger los secretos empresariales, y otros datos, que de ser divulgados puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad. En tal virtud, les corresponde a los administradores sociales de acuerdo con las pautas que se hubieren implementado para tal fin, adoptar las medidas correspondientes a lograr este propósito.”



OFICIO 220-002045 DEL 14 DE ENERO DE 2021

DOCTRINA:

CONSIDERACIONES ACERCA DE LA RESOLUCIÓN 100-006261 DEL 2020 - CRITERIOS PARA DETERMINAR LAS SOCIEDADES QUE DEBEN ADOPTAR PROGRAMAS DE TRANSPARENCIA Y ÉTICA EMPRESARIAL

PLANTEAMIENTO:

¿Las sociedades que al 31 de diciembre del presente año se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la Resolución en comento, deberían adoptar su respectivo Programa de Transparencia y Ética Empresarial a más tardar el 30 de abril de 2021? O, por el hecho de que la resolución rige a partir del 1 de enero de 2021 y no contempla efectos retroactivos, ¿Debería cumplir con los criterios aquí definidos para el 31 de diciembre de 2021 y con un plazo para adoptar el programa hasta el 30 abril del año 2022?

POSICIÓN DOCTRINAL:

De conformidad con lo previsto en la Ley 1778 de 2016, mediante la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción, se le asignó a esta Superintendencia la competencia para interpretar y aplicar las disposiciones de esta Ley, con base en los principios consagrados en la Carta Política, en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y en especial con respecto a los principios de debido proceso, igualdad, imparcialidad, presunción de

inocencia, proporcionalidad de la sanción, seguridad jurídica, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

El artículo 23 de la norma en mención establece lo siguiente:

“Artículo 23. Programas de ética empresarial. La Superintendencia de Sociedades promoverá en las personas jurídicas sujetas

a su vigilancia la adopción de programas de transparencia y ética empresarial, de mecanismos internos anticorrupción, de mecanismos y normas internas de auditoría, promoción de la transparencia y de mecanismos de prevención de las conductas señaladas en el artículo 2o de la presente ley.

La Superintendencia determinará las personas jurídicas sujetas a este régimen, teniendo en cuenta criterios tales como el monto de sus activos, sus ingresos, el número de empleados y objeto social.”

El artículo 2° de la Resolución 100-006261 de 2020 expedida por la Superintendencia de Sociedades, establece el término con el que cuentan las sociedades obligadas, para adoptar los Programas de Transparencia y Ética empresarial, así:

“Artículo 2°. Plazo para la adopción de los Programas de Transparencia y Ética Empresarial. Las Sociedades que a 31 de diciembre de cada año cumplan con los criterios a los que hace referencia el artículo 1° de la presente Resolución, dispondrán hasta el 30 de abril del año siguiente, para adoptar su respectivo Programa de Transparencia y Ética Empresarial. La Superintendencia de Sociedades podrá, en cualquier momento, verificar el estado de cumplimiento de esta obligación.”

De conformidad con lo anterior, las sociedades vigiladas por la Superintendencia de Sociedades que en el año calendario inmediatamente anterior hayan realizado negocios o transacciones internacionales de cualquier naturaleza, directamente o a través de un intermediario, contratista o por medio de una sociedad subordinada o de una sucursal, con personas naturales o jurídicas extranjeras de derecho público o privado, iguales o superiores (individualmente o en

conjunto) a 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes y hayan obtenido ingresos o tengan activos totales iguales o superiores a 40.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes, estarán obligadas a adoptar un Programa de Transparencia y Ética Empresarial.

En consecuencia, las sociedades obligadas tendrán hasta el hasta el 30 de abril del año siguiente al que se configuren dichos requisitos, para implementar el Programa de Transparencia y Ética Empresaria.

A su vez, el artículo 3° de la Resolución 100-006261 de 2020 proferida por la Superintendencia de Sociedades, establece lo siguiente:

“Artículo 3°. La presente resolución rige a partir del 1 de enero de 2021 y deroga expresamente y en su totalidad, a partir de su vigencia, las Resoluciones No. 100- 002657 de 25 de julio de 2016 y 200-000558 del 19 de julio de 2018.” (Negrilla fuera del texto).

Conforme a lo expuesto y para el caso consultado, debe tenerse en cuenta que la Resolución en mención entra a regir a partir del 1 de enero de 2021, de tal forma que las sociedades que, al 31 de diciembre de 2020, cumplan con los criterios previstos en la norma, deberán adoptar a más tardar el 30 de abril de 2021 los Programas de Transparencia y Ética Empresarial.



OFICIO 220-001937 DEL 14 DE ENERO DE 2021

DOCTRINA:

APLICACIÓN DEL CAPÍTULO 54 DEL DECRETO 1074 DE 2015

PLANTEAMIENTO:

Es nuestro entender que lo indicado en el Concepto 220-196115 del 14 de octubre de 2016 frente a la naturaleza de los patrimonios autónomos, se extiende también a los Fondos de inversión Colectiva, a la luz de la Ley 1527 de 2012 y de la Ley 1902 de 2018, en tanto ambos instrumentos financieros son constituidos, administrados y vigilados por sociedades fiduciarias. Por tanto: ¿Debe entenderse que cuando los Fondos de Inversión Colectiva actúen en calidad de compradores de derechos patrimoniales de contenido crediticio derivados de operaciones de libranza, no están actuando como intermediarios de ningún otro tercero comprador y, en consecuencia, no les son aplicables las medidas de protección introducidas por el Capítulo 54 del Decreto 1008 de 2020? ¿Es correcto nuestro entendimiento?”.

POSICIÓN DOCTRINAL:

Sobre el particular, en primer lugar corresponde hacer alusión al Oficio 220-196115 del 14 de octubre de 2016 expedido por esta Oficina en el cual, a propósito de los patrimonios autónomos (fideicomisos) que actúan como compradores de cartera derivada de operaciones de libranza, se menciona, en eco de lo conceptuado por la Superintendencia Financiera de Colombia en su Oficio 2013010362 del 18 de marzo de 2013, que éstos no son vigilados por nuestra homóloga financiera por lo que, a las luces del Decreto 1348 de 2016, que incluyó el Capítulo 54 al Decreto 1074 de 2015, alusivo a “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”, este primer decreto sí les resultaba aplicable.

Lo anterior, claro está, bajo el entendido de que el patrimonio autónomo actúa en este caso como intermediario en la labor de compra de cartera a nombre de una persona no vigilada por la Superintendencia Financiera, según la exigencia que en tal sentido impera desde la vigencia de la Ley 1527 de 2012, específicamente de su artículo 17, adicionado por el artículo 6 de la Ley 1902 de 2018. En todo caso, resulta claro que, para la compra de cartera, la persona jurídica que



actúa en representación del patrimonio autónomo es la entidad fiduciaria.

Los Fondos de Inversión Colectiva, son instrumentos a través de los cuales la Ley 1527 de 2012 previó que, junto con los patrimonios autónomos, sirvieran como mecanismos para garantizar la seguridad y seriedad en la compra de cartera derivada de operaciones de libranza adelantadas por operadores del sector real. Estos Fondos son productos ofrecidos por entidades fiduciarias, entre otros sujetos autorizados para el efecto, que los representan, como sucede con los patrimonios autónomos.

Así las cosas, una persona no vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia únicamente podrá comprar la cartera de su elección derivada de operaciones libranza adelantadas por operadores del sector real, a través de patrimonios autónomos o Fondos de Inversión Colectiva. En este caso, la ley prevé los mecanismos de protección del sujeto comprador a través de lo dispuesto en el Capítulo 54 del Decreto 1074 de 2015.

A su vez, sobre el tema objeto de consulta deben realizarse las siguientes consideraciones:

- Los Fondos de Inversión Colectiva son administrados normalmente por: (i) sociedades fiduciarias, (ii) sociedades comisionistas de bolsa, y (iii) sociedades.

administradoras de inversión (Decreto 2555 de 2010 Art. 3.1.1.1.1); las cuales son vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Los Fondos de Inversión Colectiva como tal, no son vigilados por la Superintendencia Financiera de Colombia.

- Los Fondos de Inversión Colectiva, como vehículo de captación o administración de recursos, pueden comprar derechos patrimoniales de contenido crediticio derivados de operaciones de libranza en posición propia. Sin embargo, su margen de acción está delimitado por el Reglamento del Fondo de Inversión Colectiva, que ha debido ser aprobado previamente por la Superintendencia Financiera de Colombia. Adicionalmente, la Superintendencia Financiera de Colombia, sí supervisa y eventualmente sanciona la actuación de sus administradores/gestores, pues son entidades vigiladas por dicha autoridad.

- De otra parte, el artículo 2.2.2.54.1. del Decreto 1074 de 2015 (modificado por el Decreto 1008 de 2020), busca reglamentar las medidas de protección para los compradores de derechos patrimoniales de contenido crediticio derivados de operaciones de libranza, a entidades no vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia a que se refiere el artículo 18 de la Ley 1527 de

2012, adicionado por el artículo 7 de la Ley 1902 de 2018.

Igualmente, el señalado artículo establece que: “(...) Las disposiciones contempladas en el presente capítulo 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”.

- Adicionalmente, el artículo 2.2.2.54.2 del Decreto 1074 de 2015 (modificado por el Decreto 1008 de 2020), define al comprador como “(...) la persona natural o jurídica, que adquiere derechos de crédito correspondiente a operaciones de libranza efectuadas al amparo de la Ley 1527 de 2012, en las cuales obre como vendedor una entidad operadora de libranza no vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia (...)”.

Igualmente, el señalado artículo establece que: “(...) Las disposiciones contempladas en el presente capítulo 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”.

- Adicionalmente, el artículo 2.2.2.54.2 del Decreto 1074 de 2015 (modificado por el Decreto 1008 de 2020), define al comprador como “(...) la persona natural o jurídica, que adquiere derechos de crédito correspondiente a operaciones de libranza efectuadas al amparo de la Ley 1527 de 2012, en las cuales obre como vendedor una entidad operadora de libranza no vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia (...)”.



- Los Fondos de Inversión Colectiva no son una persona natural ni jurídica, característica que debe tener el comprador de cartera de libranza, definido en el Decreto 1074 de 2015.

- En torno a la naturaleza de los Fondos de Inversión Colectiva y las disposiciones aplicables del Decreto 1008 de 2020, y analizando el tema desde una perspectiva más “finalista” (si se quiere), las medidas de protección introducidas en el señalado Decreto, tienen como finalidad la protección del comprador de derechos patrimoniales de contenido crediticio derivados de operaciones de libranza.

Por tal razón, debido a la naturaleza de los Fondos de Inversión Colectiva, al estricto marco regulatorio al que están sometidos y a la profesionalización de sus administradores, vigilados por la Superintendencia Financiera de Colombia (y las implicaciones que esto tiene de cara a su responsabilidad en la administración de los recursos de los Fondos

de Inversión Colectiva), se podría concluir que, en principio, las medidas del Decreto 1008 de 2020 no estarían diseñadas para ellos.

En razón de lo expuesto a lo largo del presente escrito, es posible concluir, en opinión de éste Despacho, que si un Fondo de Inversión Colectiva actúa en calidad de comprador de derechos patrimoniales de contenido crediticio derivados de operaciones de libranza en posición propia, es decir, en tratándose el sujeto comprador de una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia en ejercicio de sus

operaciones de inversión, no le aplican las disposiciones del Capítulo 54 del Decreto 1074 de 2015 (modificado por el Decreto 1008 de 2020), que reglamenta las medidas de protección a los compradores de cartera de libranza.

AQUÍ Más información





SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Supersociedades

Línea de atención al usuario: 018000114319

PBX: 3245777 – 2201000 / Centro de fax 2201000, opción 2 / 3245000

Avenida El Dorado No. 51 – 80 / Bogotá – Colombia

Horario de atención al público de Lunes a Viernes de 8:00am a 5:00pm

webmaster@supersociedades.gov.co



El futuro
es de todos

Gobierno
de Colombia