

OFICIO 220-025361 DEL 27 DE MARZO DE 2019

REF: ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD ES INCOMPATIBLE CONTRA SOCIO GESTOR.

Acuso recibo de su comunicación radicada bajo el número citado, mediante la cual solicita el concepto de esta Entidad en torno a la acción social de responsabilidad en una sociedad comandita.

La consulta se formula en los siguientes términos:

“1. ¿Si partimos del supuesto jurídico que los socios gestores en las sociedades comanditarias son administradores, es posible que contra estos se decrete la acción social de responsabilidad establecida en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995?

“2. ¿De ser posible decretar la acción social contra un socio gestor, con qué mayoría se aprobaría la remoción que establece el inciso segundo del artículo 25 de la Ley 222 de 1995, toda vez que el retiro de un socio gestor implica una reforma de estatutos y de conformidad con el artículo 338 del Código de Comercio “las reformas estatutarias se aprobarán por la unanimidad de los socios colectivos y por la mayoría absoluta de votos de los comanditarios, y deberán reducirse a escritura pública”?

“3. ¿Si la respuesta es que si es posible decretar la acción social de responsabilidad del socio gestor, y con ello la remoción del mismo, podríamos decir que existiría una mayoría especial para este tipo de reforma de estatutos, producto de la acción social de responsabilidad que se estaría aprobando?, ¿Así las cosas, la mayoría con la que se aprobaría tal remoción sería con “la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión” sin necesidad del voto de los gestores contra los cuales se decreta la acción social de responsabilidad?

“4. Si la respuesta es que la remoción del socio gestor implica una reforma a los estatutos y por lo tanto tal reforma se debe aprobar por la unanimidad de socios gestores de acuerdo con lo establecido en el artículo 338 ibídem, ¿Cómo se debe proceder en esa sociedad si efectivamente los socios gestores no la votarán y tampoco existen gestores suplentes?, ¿La sociedad quedaría en estado de liquidación?



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

“5. Si la respuesta a la pregunta anterior es que la sociedad queda en estado de liquidación, quien fungirá como liquidador si al socio gestor le decretaron la acción social de responsabilidad y tampoco se puede nombrar un liquidador porque no existen los votos que se requieren para que la decisión sea válida a la luz del artículo 334 del Código de Comercio.

“6. En caso de aprobarse la acción social de responsabilidad al socio gestor y quedar en estado de liquidación al desaparecer una de las dos clases de socios (socios gestores), pueden solo los socios comanditarios enervar la causal de disolución transformándose a otro tipo societario, sabiendo que no se contaría con los votos de los socios colectivos como lo exige el artículo 338.”

Aunque es sabido, es oportuno advertir que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia con fundamento en los Artículos 14 y 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, que no se dirige a resolver situaciones de orden particular, ni constituyen asesoría encaminada a solucionar controversias, o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos, o decisiones de los órganos de una sociedad determinada.

En este contexto se explica que las respuestas en instancia consultiva no son vinculantes, ni comprometen la responsabilidad de la entidad, como tampoco pueden condicionar el ejercicio de sus competencias en un caso concreto.

Sin perjuicio de lo anterior, con fines ilustrativos procede efectuar las siguientes consideraciones jurídicas de índole general.

La cuestión relativa a la procedencia de la acción social de responsabilidad en sociedades comanditarias ha sido estudiada de manera recurrente por esta Superintendencia, como se aprecia en los pronunciamientos que a continuación se transcriben:

1. *“Me refiero a su comunicación remitida por conducto de la Superintendencia de Industria y Comercio y radicada con el No. 2016-01-418539, mediante la cual se sirvió formular la siguiente consulta:*

“- ¿Si es viable que en una sociedad en comandita se les aplique a los socios gestores la acción social de responsabilidad y con ello, sean removidos del registro mercantil?

“-De ser viable esta acción social de responsabilidad contra los administradores, surgen varias dudas frente al tema:



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

“1. ¿Cómo se pierde la calidad de gestor? (SIC) se requiere que se realice una reforma de estatutos y necesariamente que se eleve a escritura pública?”

“2. ¿Si se aplica la acción social de responsabilidad a los gestores y no se hace una nueva designación de gestores, la sociedad quedaría en estado de liquidación?”

“3. ¿Es posible que estas decisiones sean tomadas en reunión por derecho propio?”

“4. ¿Si estatutariamente las reformas en la sociedad en comandita requieren el voto unánime de los gestores, la acción social de responsabilidad social sería la excepción para exigir esta mayoría y con ello sería válida la decisión de los comanditarios?”

“Conforme se había anunciado, las inquietudes planteadas hicieron propicia la oportunidad para revisar de nuevo el tema relativo a la acción social de responsabilidad contra el socio gestor de las sociedades en comandita, el cual ha ameritado estudios de diversa índole, para confirmar la conclusión que se expresó entonces a través del Oficio 220-051415 del 20 de abril de 2011, en el sentido de que la referida acción, a juicio de esta Superintendencia resulta incompatible frente a las sociedades en comandita.

“En efecto, son fundamento de la tesis que expresa la doctrina vigente de este Despacho, las consideraciones que procede transcribir:

“ ... ”

“... bajo el entendido que su consulta se centra, no en el mecanismo de la acción social de responsabilidad en general, tema que ha sido objeto de variados pronunciamientos por parte de esta oficina, sino que ésta gira es en torno a dicha figura pero aplicada específicamente al interior de una sociedad en comandita, me permito informarle que, en criterio de esta superintendencia, dicha acción resulta incompatible con dicho tipo societario, posición cuyo sustento me permito extraer del Oficio 220-183473 del 15 de diciembre de 2009, así:

“... En las sociedades comanditarias, la administración está a cargo de los socios colectivos, quienes podrán ejercerla directamente o por sus delegados, con sujeción a lo previsto para las sociedades colectivas. Por su parte, los comanditarios no podrán ejercer funciones de representación de la sociedad sino como delegados de los socios colectivos y para negocios determinados; el único caso en que los socios comanditarios intervienen en la designación o remoción de un administrador es en el caso del liquidador (artículo 334 C.Co.)

“Esta restricción en materia de administración, por parte de los socios comanditarios, resulta explicable en la medida en que el gestor compromete su responsabilidad personal de manera principal y solidaria frente a las obligaciones de la compañía.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

“Así las cosas, ante la no injerencia de los socios en el nombramiento o separación del administrador resulta improcedente atribuirle facultades para que en ejercicio de la acción social de responsabilidad decida su remoción.

“Frente a la remoción del administrador por los comanditarios la Resolución 125-001488 de marzo 28 de 2005 consignó lo siguiente:

“El argumento principal de la impugnación es que el socio gestor es un simple administrador y no un controlante, por lo cual no procede la declaratoria efectuada por esta entidad. Al respecto, es preciso señalar que este planteamiento no corresponde a la naturaleza atribuida por el legislador a los gestores quienes tienen en forma exclusiva la administración de la sociedad.

“Esas amplias atribuciones del socio gestor implican correlativamente la existencia de una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones que adquiera la compañía. El recurrente pretende que el socio gestor sea considerado como un simple gerente, lo cual, por supuesto no corresponde a la esencia de las sociedades comanditarias, ni a la realidad de este tipo de organizaciones, en donde la influencia dominante de los gestores resulta evidente.

“El gestor además de tener la administración, tiene también la condición de socio con amplias facultades dispositivas y no puede ser removido libremente por los comanditarios, lo cual lo diferencia sustancialmente de los administradores de otras formas societarias.”

“Lo anterior, desde luego, tiene una aproximación distinta cuando los socios gestores delegan la administración en un tercero, evento en el cual es posible que, respecto del tercero, los socios colectivos voten la acción social de responsabilidad y al votarla reasuman la administración de la sociedad...”

“Así las cosas, bajo el entendido que la administración de la compañía le es deferida a los socios gestores por la ley y no por decisión del máximo órgano social, y que la acción social de responsabilidad contenida en el artículo 25 de la ley 222 de 1995 implica siempre la remoción del administrador en contra de quien se ordena la medida, remoción que, como se explicó, no resulta factible al interior de las sociedades en comandita, se concluye que dicha acción resulta incompatible con este tipo societario, razón por la cual considera esta oficina inoficioso referirse específicamente a cada una de las inquietudes contenidas en su escrito, todas éstas derivadas de un supuesto que, como se explicó, no resulta legalmente posible.

“Ahora bien, si se establece que el administrador está causando algún perjuicio el mismo podrá ser reclamado ante la jurisdicción ordinaria por las causales establecidas en el artículo 200 del Código de Comercio.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

“De otra parte, también está abierto el mecanismo judicial para solicitar la disolución y liquidación de la compañía en los términos del artículo 627 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.”

“Las razones expuestas sirvieron de sustento para que la Superintendencia adoptara su posición vigente y dieron lugar a modificar en lo pertinente el Oficio 220-080790 del 3 de junio de 2009, como los demás pronunciamientos emitidos antes en torno al tema.”¹

1 oficio 220-194245 del 07 de octubre de 2016

2. *“...consulta si es posible encontrar otra manera legal de liquidar una sociedad en comandita simple, habida cuenta que los estatutos exigen para ello el voto afirmativo del socio gestor y el 70% de los votos de los socios comanditarios, pero el único socio gestor no concurre a la reunión en la que se pretende aprobar la reforma estatutaria consistente en la disolución y posterior liquidación de la compañía y, además, no existe otra causal legal para poderla liquidar.*

“ ... ”

“De conformidad con la disposición prevista en el artículo 340 del Código de Comercio, salvo estipulación expresa en contrario, en la sociedad en comandita simple las reformas estatutarias deben contar con la aprobación de la unanimidad de los socios colectivos y de por lo menos la mayoría absoluta de votos de los comanditarios. De esa sola regla se desprende que no es viable la adopción de una modificación estatutaria que no cuente con la aprobación del socio o los socios gestores hagan parte de la sociedad. Luego, si no se logra la concurrencia del socio gestor a la reunión en la que pretenda aprobarse la reforma estatutaria consistente en la disolución de la compañía, ni siquiera podrá constituirse el órgano social por falta de quórum (artículo 341 ibidem), menos, podrá adoptarse la decisión aludida.

“Es así que si la inasistencia del socio gestor, de manera recurrente impide la celebración de las reuniones que deba efectuar la junta de socios, esta conducta bien podría desencadenar una situación de parálisis del órgano social, al no ser posible adoptar decisiones de su competencia. Esto a su vez, comporta la imposibilidad de la compañía para desarrollar el objeto social, como quiera que para la normal actividad del ente jurídico es preciso tomar las decisiones que requieran su adecuado desarrollo. Por ende, se configuraría la causal de disolución por imposibilidad de desarrollar la empresa social, de que trata el numeral 2º del artículo 218 ibídem.

“De ser así, cabría considerar si se está en presencia de un conflicto susceptible de ser solucionado en vía jurisdiccional, a través de la acción de resolución de conflictos societarios, cuya competencia corresponde a esta Superintendencia, a prevención, con base en lo establecido por el artículo 24, numeral 5º, literal b) del Código General del Proceso. Adicionalmente, ante la imposibilidad eventual de



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

conformar el máximo órgano social y, por ende, de desarrollar el objeto social, se cuenta con la acción, de naturaleza igualmente jurisdiccional, para resolver las discrepancias sobre la ocurrencia de una causal de disolución en la sociedad, prevista en el artículo 137 de la Ley 446 de 1998.

“En este último caso, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la mencionada ley, si llegara a declararse la ocurrencia de la causal de disolución por parte de esta Entidad, una vez en firme la decisión respectiva, deberá inscribirse en el registro mercantil y dentro de los veinte días siguientes, se designará al liquidador; en caso contrario, la designación la hará la Superintendencia de Sociedades 2

2 oficio 220-197286 del 30 de agosto de 2017

Como se puede apreciar del contenido de los pronunciamientos invocados, en criterio de esta Superintendencia la acción social de responsabilidad no es compatible con relación a las sociedades en comandita.

Los factores que determinan esta decisión se encuentran estrechamente vinculados a la conformación jurídica de este tipo de sociedades, específicamente en materia de la conformación mixta del tipo de socios que la organiza.

Los socios gestores o colectivos tienen a su cargo:

- a. La aportación principal del capital.³ Puede ser que la sociedad no requiera aportes de los socios comanditarios.
- b. La responsabilidad solidaria e ilimitada por las obligaciones y riesgos que involucre el desarrollo del objeto social.
- c. La administración de la sociedad y la posición de los socios gestores de la misma.
- d. El derecho a los beneficios.

Los socios comanditarios tienen a su cargo:

- a. La responsabilidad limitada al monto de sus aportes, cuando los hicieron.
- b. La obtención de beneficios sin desgaste en la administración de la compañía.

En este contexto, resulta insólito que el socio colectivo, que aporta su capital personal y responde solidaria e ilimitadamente con su propio peculio frente a terceros por las operaciones sociales, resulte no solo perdiendo el control de la compañía a manos de los socios comanditarios, sino que además pueda ser removido de la administración de la sociedad.

3 Código de Comercio, Artículo 325.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

Quiso el Legislador prevenir el riesgo que comporta para el socio gestor, compartir la compañía con socios comanditarios que no tienen en la actividad económica mayor exposición frente a terceros, pero que sí podrían verse inclinados a aspirar a quedarse con todo el negocio cuando hay expectativas de importantes beneficios.

Sin perjuicio de lo anterior, como también se infiere de los desarrollos transcritos:

- a. El socio gestor que abuse de su posición y cause perjuicios a la sociedad o a terceros, podría verse comprometido en una acción de responsabilidad en función jurisdiccional, ante esta Superintendencia o ante la Justicia Ordinaria.
- b. La sociedad podría ser declarada judicialmente disuelta y en estado de liquidación y procederse efectivamente a su liquidación.

Como consecuencia de lo dicho y en atención a que las preguntas formuladas en la consulta parten del supuesto de la procedencia de la acción social de responsabilidad contra el socio gestor en sociedades comanditarias, al descartarse tal posibilidad, las demás cuestiones propuestas pierden su razón de ser.

En los anteriores términos su solicitud ha sido tendida, con los efectos descritos en el artículo 28 la Ley 1755 de 2015, no sin antes señalar que en la Página WEB de la Entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y la Circular Básica Jurídica, entre otros.