

OFICIO 220-042594 DEL 23 DE MARZO DE 2018

REF.: ASPECTOS SOBRE CONTROL EMPRESARIAL

Me refiero a su comunicación radicada por correo electrónico en la Superintendencia de Sociedades, bajo el número 2018 – 01 – 048953, mediante la cual formula una consulta que plantea los siguientes interrogantes::

1. ¿Cuántas personas naturales no comerciantes pueden ejercer control sobre una sociedad debidamente constituida?.
2. ¿Puede la Junta Directiva o Junta de Socios ejercer la situación de control sobre una sociedad, de ser así, estarían legitimados sus miembros para solicitar la admisión al concurso de acreedores?.
3. ¿Qué afectaciones tienen las acciones de grupo interpuestas en contra de una sociedad que se encuentra inmersa en un procesos de reorganización empresarial, si las mismas tienen por finalidad satisfacer las obligaciones a cargo de la concursada a través de su patrimonio?.

Aunque es sabido, es preciso observar primero, que de acuerdo con el numeral 2, artículo 11 del Decreto 1023 de 2012, la Oficina Jurídica de esta Superintendencia, absuelve las consultas formuladas por los organismos públicos y privados, así como por los usuarios y particulares, y en esa medida emite un concepto u opinión general sobre las materias a su cargo, con los efectos previstos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, mas no se pronuncia sobre asuntos de orden contractual, procedimental o jurisdiccional.

De otra parte, que la doctrina constitucional sobre el ejercicio de funciones judiciales por las superintendencias, invariablemente exige, que los funcionarios administrativos que ejercen funciones judiciales, estén dotados de independencia e imparcialidad, doctrina que reitera la Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la que la H. Corte Constitucional advierte no le está permitido a esta Superintendencia como autoridad administrativa, intervenir en asuntos que haya de conocer en ejercicio de facultades jurisdiccionales o administrativas, en relación con los cuales se debe pronunciar como juez en las instancias procesales a que haya lugar.

De conformidad con las premisas anteriores, procede abordar las inquietudes enunciadas a la luz de las siguientes consideraciones jurídicas de orden general.

1. Ejercicio del control:

De acuerdo con el artículo 260 del Código de Comercio, una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.

Por su parte, el párrafo 1º del artículo 261 ibídem determina que habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el mismo artículo 261, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

De conformidad con lo anterior y teniendo en cuenta las disposiciones citadas, las cuales fueron modificadas por los artículos 26 y 27 de la Ley 222 de 1995, es claro que no existe un número máximo de personas naturales o jurídicas que ejerzan el control de una empresa; en cualquier caso habrán de observarse las presunciones de subordinación a que haya lugar, con el fin de verificar cada situación en particular frente al cumplimiento de las obligaciones que la ley impone.

2. Junta Directiva o Junta de Socios en situación de control.

Para los fines de la inquietud planteada, es necesario discriminar el carácter de cada uno de los órganos societarios.

La Junta Directiva por disposición del artículo 438 del Código de Comercio y el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, es un órgano de la administración, cuya atribución específica, salvo disposición estatutaria en contrario, será la de ordenar que se ejecute o celebre cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y tomar las decisiones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines. Ahora bien, según indica el artículo 436 del mismo código, los miembros principales y suplentes de dicho órgano serán elegidos por la asamblea general para periodos determinados y por cuociente electoral, sin perjuicio de que puedan ser reelegidos o removidos libremente por la misma asamblea.

A su turno, la Junta de Socios en virtud del artículo 181 del Código de Comercio, se constituye por los socios de una compañía debidamente reunidos con arreglo a la ley y los estatutos. En palabras de Narváez (1997), citado por el Reyes Villamizar (2017, p. 589): "las funciones de cada órgano son poderes propios del mismo, ya que no los recibe por delegación sino en su carácter instrumental. Así, se hace referencia al órgano de deliberación y decisión (asamblea general de

accionistas o junta de socios); al órgano orientador de la administración (junta directiva); al órgano de ejecución y representación (representante legal) y al órgano de fiscalización (revisor fiscal).”¹

Teniendo en cuenta lo descrito, es de verificar en todo caso que los supuestos de control determinados en el artículo 261 del Código de Comercio se relacionen directamente con alguna o algunas personas que conforman el órgano correspondiente de la sociedad, y así registrar cuando corresponda la situación de control en virtud de lo determinado en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995.

Ahora bien, dentro de las reglas de la Ley 1116 de 2006, el artículo¹¹ establece que el inicio de un proceso de reorganización podrá ser solicitado únicamente, por los siguientes interesados: 1. por el respectivo deudor, o por uno o varios de sus acreedores titulares de acreencias incumplidas, o solicitada de oficio por la Superintendencia que ejerza supervisión sobre el respectivo deudor o actividad. 2. En la situación de incapacidad de pago inminente, el inicio deberá ser solicitado por el deudor o por un número plural de acreedores externos sin vinculación con el deudor o con sus socios. 3. Como consecuencia de la solicitud presentada por el representante extranjero de un proceso de insolvencia extranjero.

Así mismo, el artículo 187 del Código de Comercio dispone que serán funciones de la Junta de Socios o Asamblea de Accionistas: “ 5. Considerar los informes de los administradores o del representante legal sobre el estado de los negocios sociales, y el informe del revisor fiscal, en su caso; 6. Adoptar, en general, todas las medidas que reclamen el cumplimiento de los estatutos y el interés común de los asociados.”.

Así las cosas, al amparo de las disposiciones antes transcritas es de observar que

¹Cita tomada de: Reyes Villamizar. F. (2017). Derecho Societario Tomo I, Tercera Edición, p. 589.

Recuperado de <http://search.proquest.com/docview/1467533860?accountid=13250>

la decisión sobre éstos asuntos, es función propia de la Junta de Socios, sin embargo siendo la labor de ejecución de dichas decisiones por parte de los órganos de la administración, será en su caso el Representante Legal el llamado a solicitar la admisión al proceso concursal en tal caso.

3. Acciones de grupo en procesos de reorganización empresarial.

Para el efecto habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 1116 de 2006, según el cual los créditos litigiosos y las acreencias condicionales, quedarán sujetos a los términos previstos en el acuerdo de reorganización, en condiciones

iguales a los de su misma clase y prelación legal, para ello entonces, el deudor, deberá constituir una provisión contable para atender su pago. Así mismo, los fallos de cualquier naturaleza proferidos con posterioridad a la firma del acuerdo, por motivo de obligaciones objeto del proceso de reorganización, serán pagados en los términos previstos para su misma clase y prelación según el acuerdo; y si ya están cancelados los de su categoría, se procederá al pago dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria del fallo respectivo.

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