

OFICIO 220-074252 DEL 15 DE JULIO DE 2019

REF: ARTÍCULO 215 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Acuso recibo de su comunicación radicada bajo el número citado, remitida por competencia a esta Superintendencia por el Consejo Técnico de la Contaduría, mediante la cual solicita el concepto de esta Entidad en torno al artículo 215 del Código de Comercio relacionada con la prohibición de que ninguna persona pueda ejercer el cargo de revisor fiscal en más de cinco sociedades por acciones.

La consulta se formula en los siguientes términos:

1. *"...bajo un análisis contextual e histórico del artículo 215 del Código de Comercio, a los siguientes interrogantes:*

1.1 *¿Qué motivos, causas y razones y demás fundamentos teleológicos llevaron a la creación de la prohibición contemplada en el primer inciso del artículo 215 del Código de Comercio, que reza "Ninguna persona podrá ejercer el cargo de revisor en más de cinco sociedades por acciones"?*

1.2 *¿Cuál es la finalidad de la prohibición establecida en el primer inciso del artículo 215 del Código de Comercio? en otros términos, ¿Qué derechos o bienes jurídicos se busca no se quebranten con dicha prohibición?*

1.3 *Teniendo en cuenta que para el momento de la expedición del Código de Comercio "Decreto 410 de 1971" jurídicamente no se habían concebido una sociedad por acciones de estructura orgánica flexible como el de las sociedades tipo S.A.S. y la cual se ajusta al enfoque económico actual que predica la anti tramitología y prohibiciones innecesarias ¿Cómo se debería interpretar la prohibición contemplada en el artículo 215 del Código de Comercio?*

1.4 *Bajo una interpretación teleológica y dentro del contexto constitucional actual ¿tiene razón de ser aplicar la prohibición establecida artículo 215 del Código de Comercio a una sociedad tipo S.A.S.?*

1.5 *¿Aplicar la prohibición establecida en el artículo 215 del Código de Comercio, riñe con finalidad buscada con las S.A.S. cual es el que los accionistas determinen libremente la estructura orgánica de la sociedad?*



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

1.6 ¿Cuál es la finalidad y la filosofía que inspiró la expedición de la Ley 1258 de 2008 "por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada"?

1.7 ¿Es una interpretación exegética entender que a las sociedades tipo S.A.S. se les debe aplicar la prohibición contemplada en el artículo 215 del Código de Comercio? Sí responden que no ¿cuál sería el argumento?

1.8 Si las sociedades tipo Limitada no se les aplica la prohibición señalada en el artículo 215 del Código de Comercio ¿Cuál es la razón teleológica para que a una S.A.S. sí se le aplique?

1.9 ¿La prohibición contemplada en el inciso primero del artículo 215 del Código de Comercio es aplicable a la sociedad por acciones simplificada de accionista único?

1.10 ¿La prohibición contemplada en el inciso primero del artículo 215 del Código de Comercio es aplicable a la sociedad por acciones simplificada en donde hay menos de cinco (5) accionistas?

1.11 Sin perjuicio de la obligación de carácter estatutaria, teniendo en cuenta que desde la Ley 43 de 1990 se estableció el criterio de valoración para que una sociedad de estructura no compleja presente revisor fiscal (parágrafo 2, numeral 2 del artículo 13 ibidem) ¿Sería este el único criterio que se debe tener en cuenta para el caso de SAS, perdiendo razón de ser aplicar la prohibición establecida en el artículo 215 del Código de Comercio?

1.12 De realizarse una interpretación exegética y desprovista de los principios y valores constitucionales e indicar que la prohibición establecida en el artículo 215 del Código de Comercio es aplicable a las sociedades tipo S.A.S. ¿Se estaría violando el derecho al trabajo del Revisor Fiscal sin fundamento legal y constitucional válido?

2. De la manera más respetuosa requiero que se pronuncie sobre las siguientes peticiones:

2.1 Se sirva describir y allegar la estadística que den cuenta, año a año, de cuantas sociedades limitadas se han transformando a sociedades tipo S.A.S., desde la entrada en vigencia de la Ley 1258 de 2008.

2.2 Se sirva describir y allegar la estadística que dé cuenta, de la cantidad y porcentaje comparativo frente a los otros tipos societarios de respecto de la constitución de sociedades tipo S.A.S. desde la entrada en vigencia de la Ley 1258 de 2008.

2.3 Se sirva describir y allegar la estadística que dé cuenta, año a año, del porcentaje de empresas que se han constituido como limitadas desde el 5 de diciembre de 2008."

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 administrativas o jurisdiccionales en un caso concreto.

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

Como quiera que la materia de la consulta se dirige a inquirir por las razones o motivos que dieron origen a la restricción prevista en el artículo 215, inciso primero, del Código de Comercio, según el cual “...*Ninguna persona podrá ejercer el cargo de revisor en más de cinco sociedades por acciones...*”, se estima pertinente hacer alusión al contexto histórico dentro del cual fue expedido el Código de Comercio.

Para este propósito, debe advertirse que se trató de un proyecto que contrató el Gobierno Nacional con expertos en la materia, el cual fue presentado apresuradamente a consideración del Congreso de la República cuando todavía hacía falta una “*revisión final*”¹ a la obra integralmente considerada, que debía ser realizada por los expertos de la comisión redactora, circunstancia que dio lugar a que el Congreso confiriera al Presidente facultades extraordinarias para que “...*previa revisión final por una comisión de expertos, expida y ponga en vigencia el proyecto de ley sobre código de comercio que se halla a la consideración del Congreso Nacional*”²

1 Reimpresión de las Revistas 3 y 4 de la Cámara de Comercio de Bogotá con ocasión del seminario “Treinta 30 Años del Código de Comercio”. Bogotá, noviembre de 2001. Artículo Breve Historia de la Reforma al Código de Comercio por J. Gabino Pinzón. Páginas 19 a 18.

2 Artículo 20, Ley 16 de 1968.

3 Reimpresión de las Revistas 3 y 4 de la Cámara de Comercio de Bogotá...Obra Citada

Así las cosas, el Gobierno procedió a expedir el Decreto Ley 410 del 27 de marzo de 1971, Por el cual se expide el Código de Comercio, pero se apartó del proyecto original de la Comisión Redactora, no la tuvo en cuenta y en su lugar incorporó a su “...*arbitrio supresiones, adiciones y cambios que numerosísimos puntos rompieron la unidad del proyecto y crearon graves problemas de interpretación.*”³

Desde ese mismo momento hasta nuestros días se mantiene la discusión sobre la necesidad de modificar nuevamente el Código de Comercio.

Con este panorama se procede a atender puntualmente cada una de las cuestiones planteadas:

1. En el Proyecto de Código de Comercio, preparado por la Comisión Redactora, no se encontraba incorporada la restricción en cuestión.⁴ Se contemplaba la posibilidad de que la sociedad anónima tuviera uno o varios revisores fiscales y que no podrían ser accionistas de la misma sociedad, ni desempeñar cargo en ella, o ser parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad, o segundo de afinidad con alguno de los administradores, el cajero o el contador de la sociedad y, adicionalmente, se establecía que debían ser personas naturales.⁵

⁴ Ministerio de Justicia. Proyecto de Código de Comercio. Elaborado por la Comisión Redactora del Código de Comercio. Tomo I. Bogotá, Julio de 1958.

⁵ Ministerio de Justicia. Artículos 653, 654 y 655 Obra citada.

⁶ Superintendencia de Sociedades. Proyecto de Código de Comercio. Libro Segundo. Exposición de Motivos y Articulado. Comisión Redactora, Bogotá, 26 de febrero de 1.971

Se lee, adicionalmente, en la exposición de motivos del Libro II del Proyecto de Código de Comercio lo siguiente:

“La sección relativa a los revisores fiscales es, en términos generales, un proyecto de ley que el Instituto Nacional de Contadores Públicos presentó a la Superintendencia de Sociedades, como fruto de experiencias recogidas después de más de treinta años de vigencia de la ley 73 de 1935, que, aunque bien orientada en esta materia, contiene normas anacrónicas, como la que exige arqueos semanales de caja. Las ideas principales de ese proyecto que ahora se propone en lo substancial como sección primera del capítulo VII del título primero del libro segundo del proyecto de código de comercio son las siguientes:

“...”

“ch) La posibilidad de que los revisores tengan auxiliares u otros colaboradores nombrados por ellos mismos, con la remuneración que les fije la misma asamblea general, para que puedan cumplir más fácil y completamente sus funciones. Porque la revisoría, especialmente de las grandes empresas o de las sociedades con sucursales en diversos lugares, será muy difícil que un revisor fiscal pueda cumplir directa o personalmente todas las funciones que se le adscriben en la ley...”⁶

Se infiere entonces que las únicas referencias encontradas en la exposición de motivos del Proyecto de Código de Comercio con respecto a las responsabilidades e inhabilidades de los revisores fiscales, se preocupaban más por la cantidad de personas que podrían intervenir en la revisoría en razón del tamaño de las empresas y la gran cantidad de trabajo que ello suponía; mientras que las inhabilidades buscaban la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones y la exigencia de una persona natural que pudiera asumir las eventuales acciones de responsabilidad que se les debieran seguir.

Se advierte en consecuencia, que la introducción de la restricción en estudio, en el Decreto 410 de 1971, fue obra del Gobierno y sus asesores y que, en tales condiciones, su sentido y razón de ser en la legislación actual, no puede ser atribuida a otra cosa que la libertad de configuración normativa⁷ del legislador extraordinario.⁸

7 Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia del 9 de agosto de 1972. MP. Doctor Guillermo González Charry. Disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/csj_sp_0908_1972.html#1

8 Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220-093180 del 5 de julio de 2018. En este documento se desarrollan cuestiones semejantes a las planteadas en la presente consulta. Disponible en https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-093180.pdf

9 Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-093180 citado.

10 Gaceta del Congreso No. 346 del 26 de junio de 2007. Exposición de motivos de la Ley 1258 de 2008.

11 Disponible

https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_ivc/CartillasyGuias/Cartilla_Sociedad_Acciones_Simplificada.pdf en

2. Como anteriormente se indicó, se entiende que dicha prohibición se estableció en desarrollo de la libertad de configuración normativa del Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le fueron otorgadas por el Congreso de la República y que la única preocupación encontrada en los antecedentes del Proyecto de Código de Comercio de 1958, se relacionaba con la cantidad de revisores fiscales por sociedad y por las inhabilidades dirigidas a guardar su imparcialidad.

3. Mientras se encuentre vigente el artículo 215 del Código de Comercio, su interpretación se encuentra dirigida a señalar que existe norma imperativa que prohíbe a una persona ejercer la revisoría en más de cinco sociedades por acciones.

4. Se reitera que por vía de interpretación no es posible dejar de aplicar una norma imperativa vigente, como lo es el Artículo 215 del Código de Comercio, que no ha sido derogado, condicionado ni modificado por norma posterior.

5. La Ley 1258 de 2008 ciertamente estableció el principio dispositivo, dada la especial configuración del tipo societario de la sociedad por acciones simplificadas, en adelante S.A.S., en sí mismo considerado.

La norma no pretendió regular la actividad de la revisoría fiscal ni inmiscuirse en los detalles que interesan al desempeño de sus profesionales.⁹

6. La razón de ser de la especial configuración de la S.A.S., se encuentra en la libertad de sus accionistas para regular en los estatutos la forma como habrían de ser sus relaciones, en virtud del principio DISPOSITIVO, inmerso en las disposiciones normativas de la Ley 1258 de 2008 y en su exposición de motivos.¹⁰

La Superintendencia de Sociedades ha puesto a disposición de sus usuarios la Cartilla CIEN RESPUESTAS SOBRE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA, disponible en la página Web, en la cual se hace un extenso y completo desarrollo sobre los aspectos sustanciales que enmarcan este interesante tipo societario.¹¹



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

Adicionalmente, podrá encontrar en la página Web de esta Entidad, pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales sobre distintos aspectos alusivos a la constitución, organización, funcionamiento, terminación y resolución de conflictos en la S.A.S.

7. La S.A.S. es una sociedad por acciones y, por consiguiente, la prohibición contenida en el Artículo 215 del Código de Comercio, a que se ha venido haciendo alusión, es aplicable a la persona que ejerce revisoría sobre la misma.

8. La prohibición de que una persona ejerza revisoría fiscal en más de cinco sociedades por acciones, incluye en el concepto “sociedades por acciones” a la S.A.S., en razón a la libertad de configuración del legislador extraordinario al expedir el Código de Comercio.

9. La prohibición del Artículo 215 del Código de Comercio es aplicable a la persona que ejerce revisoría sobre la S.A.S., como persona jurídica, independientemente de que esta tenga accionista único o pluralidad de accionistas.

10. Esta pregunta se entiende respondida en el enunciado anterior.

11. La estructura de la Ley 43 de 1990, no modificó ni condicionó el Artículo 215 del Código de Comercio y, en tales condiciones, la prohibición en cuestión sigue vigente para quien ejerce revisoría en la S.A.S.

12. Para atender esta pregunta, se estima suficiente hacer una remisión al contenido de la Sentencia de constitucionalidad de la Sala Plena Corte Suprema de Justicia, con efecto de cosa juzgada constitucional, del 9 de agosto de 1972.¹²

12 Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Sentencia citada

13 Artículo 11 de la Ley 590 de 2000

14 Disponible en <https://www.rues.org.co/>

Las preguntas que se refieren a estadísticas de la S.A.S. se atienden a continuación:

1. La información solicitada sobre sociedades de responsabilidad limitada que se han transformado en S.A.S., no reposa en los archivos de esta Superintendencia.

Para este propósito deberá acudir a cada cámara de comercio, o directamente a CONFECÁMARAS, entidad que ha organizado el REGISTRO ÚNICO EMPRESARIAL – RUES,¹³ en el cual se encuentran las bases de datos de todas las sociedades colombianas.¹⁴

2. Al igual que en la pregunta anterior, se hace saber que esta información no reposa en la Superintendencia de Sociedades.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

3. De igual forma, se pone de presente que esta información no reposa en la Superintendencia de Sociedades.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, 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.

