SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

OFICIO 220-090949 DEL 2 DE SEPTIEMBRE DE 2019

REF: PROHIBICIÓN REVISOR FISCAL ARTÍCULO 215 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Aviso recibo de su comunicación radicada bajo el número citado, mediante la cual solicita el concepto de esta Entidad en torno a la interpretación del Artículo 215 del Código de Comercio frente al marco constitucional de 1991.

La consulta se formula en los siguientes términos:

En la medida que el artículo 215 del Código de Comercio limita derechos fundamentales de los contadores públicos, esto es principalmente el derecho al trabajo, en un contexto histórico - legal distinto, y sin la presencia de las nuevos esquemas societariamente como las SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS,

a. La SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES ¿Cómo modera, aplica y hace uso de las técnicas de interpretación jurídica (derecho viviente - excepción constitucionalidad) obligatorias según Corte Constitucional, para no vulnerar derechos fundamentales de los Revisores fiscales en la imposición de sanciones?

b. ¿Cómo es posible que las limitaciones creadas por el legislador de 1971, en relación con las limitaciones de revisorías a SOCIEDADES POR ACCIONES del Código de Comercio (artículo 215) sea aplicable a las SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS si este tipo societariamente fue creado en el 2008 y corresponde a otro marco jurídico distinto y cuya exposición de motivos obedece a situaciones económicas no presentes y distinta a las del año de 1971?

c. ¿Qué bien jurídico superior protege (en el marco de la constitución de 1991 y teniendo en cuenta la excepción de constitucional (SIC) y control difuso constitucional) la limitación del artículo 215, respecto a las sociedades por acción (SIC) simplificadas con un único socio?

d. ¿La aplicación exegética de una norma jurídica corresponde a criterios de responsabilidad objetiva prohibida por el régimen sancionatorio?

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.

Verificado el contenido de las cuestiones planteadas en el escrito de petición de consulta, se advierte que la temática y la materia de las mismas fueron recientemente abordadas por este Despacho de manera detallada y exhaustiva[1], razón por la cual el presente pronunciamiento se limitará a reiterar la posición institucional adoptada.

1 Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-074252 del 15 de julio de 2019. Disponible en https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-074252_DE_2019.pdf
2 Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia del 9 de agosto de 1972. MP. Doctor Guillermo González Charry. Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/csj_sp_0908_1972.html#1

El Artículo 215 del Código de Comercio, prohíbe de manera categórica que una persona pueda ejercer el cargo de revisor fiscal en más de cinco sociedades por acciones, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 215. REQUISITOS PARA SER REVISOR FISCAL-RESTRICCIÓN. El revisor fiscal deberá ser contador público. Ninguna persona podrá ejercer el cargo de revisor en más de cinco sociedades por acciones.

Con todo, cuando se designen asociaciones o firmas de contadores como revisores fiscales, éstas deberán nombrar un contador público para cada revisoría, que desempeñe personalmente el cargo, en los términos del artículo 12 de la Ley 145 de 1960. En caso de falta del nombrado, actuarán los suplentes." (Subrayado fuera de texto).

Considera el Despacho que corresponde a una norma imperativa que mantiene su vigencia, como quiera que no ha sido modificada, derogada, condicionada o sustituida por una norma posterior y que, por consiguiente, sigue surtiendo efectos jurídicos frente al ejercicio de la revisoría fiscal, especialmente en cuanto concierne a la prohibición de ejercer el cargo en más de cinco (5) sociedades por acciones.

Con base en los elementos indicados, se atienden puntualmente las preguntas formuladas:

1. El artículo 215 del Código de Comercio, fue objeto de control de constitucionalidad por parte de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia,2 precisamente frente al cargo que en su momento se propuso en el sentido de que dicho precepto viola el derecho al trabajo de los revisores fiscales, sin que el mismo hubiere prosperado.

Por tales motivos, se entiende que sobre dicho precepto existe cosa juzgada constitucional y que tratándose de una norma imperativa, no le es dable al intérprete, en función administrativa consultiva, deducir que viola el nuevo marco constitucional.

La teoría del derecho viviente3 dice relación con pronunciamientos jurisdiccionales que escapan a la competencia de este Despacho.

3 "*Con el fin de que el derecho viviente en la jurisprudencia se entienda conformado, se deben cumplir varios requisitos que muestren la existencia de una orientación jurisprudencial dominante, bien establecida. Entre ellos, son requisitos sine qua non los siguientes: (1.) la interpretación judicial debe ser consistente, así no sea idéntica y uniforme (si existen contradicciones o divergencias significativas, no puede hablarse de un sentido normativo generalmente acogido sino de controversias jurisprudenciales); (2.) en segundo lugar, la interpretación judicial debe estar consolidada: un solo fallo, salvo circunstancias especiales, resultaría insuficiente para apreciar si una interpretación determinada se ha extendido dentro de la correspondiente jurisdicción; y, (3.) la interpretación judicial debe ser relevante para fijar el significado de la norma objeto de control o para determinar los alcances y efectos de la parte demandada de una norma.*" (Sentencia C-557-2001 Corte Constitucional)
4 Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-093180 del 5 de julio de 2018. Disponible en https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-093180.pdf
5 Artículo 86, numeral 3°, Ley 222 de 1995.

*2. "La Ley 1258 de 2008 no pretendió regular la actividad de la revisoría fiscal ni inmiscuirse en detalles que interesan al desempeño de sus profesionales. Por el contrario, pretendió restringir la exigencia de la figura del Revisor Fiscal en la auditoría de las operaciones de la SAS, pues solo están obligadas a tenerlo cuando reúnan el monto de activos o ingresos pertinentes, señalados en el parágrafo segundo del artículo 13 de la Ley 43 de 1990, tal como lo estipula el Artículo 1° del Decreto 2020 de 2009."*4

Como anteriormente se indicó, el legislador de 2008, al configurar la sociedad por acciones simplificada, con socio único o con socio plural, no se ocupó del ejercicio de la revisoría fiscal, simplemente integró al marco jurídico vigente el nuevo tipo societario.

En tales condiciones, como el marco jurídico vigente relacionado con las sociedades por acciones, prohíbe que una persona ejerza la revisoría fiscal en más de cinco sociedades por acciones, el artículo 215 en cita extendió sus efectos a la sociedad por acciones simplificada, con fundamento en la libertad de configuración normativa que tiene el legislador.

3. El régimen sancionatorio parte de la base del principio de legalidad de la falta y de legalidad de la sanción. Constituida en la ley de manera imperativa la tipicidad de la infracción y existiendo en cabeza de la Superintendencia de Sociedades la facultad sancionatoria frente a quien infrinja la ley o los estatutos en materia societaria,[5] se encuentra establecida la proposición normativa completa.

Por consiguiente, la persona que ejerza la revisoría fiscal en más de cinco sociedades por acciones puede llegar a ser sancionada en los términos indicados, previo ejercicio del debido proceso y del derecho de defensa.

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.