

OFICIO 220-095473 DEL 9 DE SEPTIEMBRE DE 2019

REF: ARTÍCULO 194 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y ARTÍCULO 118 DE LA LEY 1563 DE 2012.

Me refiero a su comunicación radicada con el número de la referencia, mediante la cual formula una consulta relacionada con una sociedad de Responsabilidad Limitada, que se concreta en los siguientes interrogantes:

“1) ¿Es procedente la impugnación de actas por nulidad absoluta o relativa ante la justicia ordinaria, si en los estatutos de una sociedad constituida en 1989, se sometan todas las controversias a la justicia arbitral de conformidad con el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012 que derogó el artículo 194 del Código de Comercio?”

2) Por conflictos internos de la sociedad no ha sido posible desde el año 1995 una reforma de estatutos, frente a este escenario ¿La derogatoria del artículo 194 del Código de Comercio que hace el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, prevalece sobre la voluntad de los socios en la época en que se constituyó la sociedad, esto es, el año 1989?”

3) Informar la posición de la oficina Jurídica de la Entidad y si existen pronunciamientos de la Delegatura con funciones jurisdiccionales sobre la interpretación de la derogatoria que hace el artículo 118 de la Ley 1563 del artículo 194 del Código de Comercio, caso en el cual agradezco remitir los radicados para consulta”.

Sobre el particular le manifiesto que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es función de esta Superintendencia absolver las consultas que se le formulen sobre temas societarios de su competencia y en esa medida emite un concepto u opinión de carácter general, que no está dirigido a resolver asuntos de orden contractual, procedimental o de intervención estatal.

De ahí que no le es dable en esta instancia pronunciarse sobre situaciones particulares y concretas, como resultan ser las que plantea en su comunicación, y menos aun cuando se trata de aspectos de los que esta Superintendencia estaría llamada eventualmente a conocer. Así las cosas, emitir algún concepto frente al tema, podría colocar a la Superintendencia en situación de prejuzgamiento sobre el conflicto materia de unos hechos susceptibles de ser ventilados a través de las acciones que ella es competente para conocer en sede administrativa o jurisdiccional.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

Para abundar en razones cabe señalar que según Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, no le es dable a la Entidad, como autoridad administrativa, intervenir en asuntos que haya de conocer en ejercicio de facultades jurisdiccionales o administrativas, en relación con los cuales se deba pronunciar en las instancias procesales.

De acuerdo con lo manifestado y para atender los fines generales que se cumplen a través de la función consultiva, se procederá en primer término a señalar la posición adoptada por la Superintendencia, para abordar la posición actual y el fundamento respectivo.

Con las precisiones normativas que anteceden, se procede inicialmente a responder el tercer interrogante, en el sentido de mencionar los pronunciamientos de esta Superintendencia, en sede tanto administrativa como jurisdiccional, con la finalidad que se conozca el alcance de las posiciones y/o decisiones adoptadas, sin perjuicio desde luego, que frente al estudio de situaciones litigiosas nuevas, la jurisdicción encuentre otras soluciones, o mantenga las señaladas.

1. Posición de la Doctrina de la Superintendencia de Sociedades

Mediante oficio 220-039887 del 18 de marzo de 2014, frente a la derogatoria del artículo 194 del Código de Comercio, expresó lo siguiente:

“(...) En este orden de ideas, resulta obvio en concepto de este Despacho que al haberse derogado de manera expresa el artículo 194 del Código de Comercio, la Ley 1563 de 2012, que por demás responde a la moderna filosofía de desjudicialización en las normas actuales, dejó sin efectos la previsión legal contenida en el precepto mencionado, razón por la cual y, atendiendo las reglas que en materia de derogatoria consagra el artículo 71 del Código Civil, es dable colegir categóricamente, que a partir del 12 de octubre de 2012 cuando la reciente ley entró en vigencia, la cláusula compromisoria es válida para someter a la justicia arbitral las acciones de impugnación contra los actos de asambleas, juntas de socios y juntas directivas.

Y mal podría afirmarse que sea otra la consecuencia tratándose incluso de las cláusulas o los pactos arbitrales suscritos antes de la vigencia de la señalada Ley, pues como ha quedado visto, la prohibición que impedía someter a dicho medio alternativo las acciones de impugnación de las determinaciones de los órganos sociales mencionados, en ningún modo derivaba de la voluntad de los asociados expresada en el contrato social, sino que obedecía a los límites que en tal sentido imponía el artículo 194 del Estatuto Mercantil, ahora derogado.

De ahí que si en los estatutos se ha pactado con anterioridad cláusula compromisoria de conformidad con lo dispuesto en el Núm. 11º, Artículo 110 del Código de Comercio, se deberá entender entonces en opinión de este Despacho,



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

que salvo estipulación en contrario, es voluntad de los asociados dirimir todos los conflictos societarios por la vía arbitral, abstracción hecha de la cortapisa al arbitraje establecida a antes en la norma legal tantas veces señalada (...)"

SIN EMBARGO, LA REFERIDA POSICIÓN DOCTRINAL FUE REVALUADA POR LA JURISDICCIÓN SOCIETARIA, ASÍ:

2. Posición jurisdiccional de la Superintendencia de Sociedades sobre la aplicación de la cláusula arbitral para llevar impugnaciones de decisiones sociales respecto de sociedades constituidas con anterioridad a la vigencia de la Ley 1563 del 2012.

La jurisdicción societaria cambió la posición doctrinal adoptada y sostuvo que antes de la vigencia de la Ley 1563 de 2012, se encontraba la prohibición consagrada en el artículo 194 del Código de Comercio y en tal virtud, si la sociedad se había constituido con anterioridad a la vigencia de la ley, debía aplicar en forma ultra activa la regla del artículo 194 del Código de Comercio¹ y por tanto la impugnación de decisiones sociales competía a la justicia ordinaria.

¹ **ARTÍCULO 194. ACCIONES DE IMPUGNACIÓN INTERPOSICIÓN Y TRÁMITE.** *Las acciones de impugnación previstas en este Capítulo se intentarán ante los jueces, aunque se haya pactado cláusula compromisoria, y se tramitarán como se dispone en este mismo Código y, en su defecto, en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil para los procesos abreviados"*

Lo anterior, con fundamento en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, en el que se expresa que "(...) *En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración (...)*".

Por ello, esta entidad mediante Auto 820-0009967-2016, concluyó lo siguiente: "(...) *Así pues, en vista de que la cláusula compromisoria contenida en los estatutos de xxxxxx Ltda., se incluyó el 1 de febrero de 2008 -esto es, durante la vigencia del artículo 194 del Código de Comercio-, este Despacho declarará no probadas las excepciones previas de falta de jurisdicción y cláusula compromisoria, pues es claro que en el aludido pacto arbitral -negocio jurídico autónomo al contrato de sociedad del cual forma parte- ha de entenderse incorporada la inarbitrabilidad de la impugnación a que refiere el artículo 194 en comento (...)*".

La anterior posición fue ratificada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, al indicar que "(...) *Bajo tal hermenéutica, no es absurdo predicar, entonces, que la cláusula compromisoria traída a colación por la tutelante es ineficaz, puesto que para el momento en que fue convenida, esto es, el 1° de febrero de 2008, se encontraba vigente el artículo 194 del Código de Comercio, que disponía que «las acciones de impugnación previstas en este Capítulo se intentarán ante los jueces, aunque se haya pactado cláusula compromisoria (...)* y, por ende, con independencia de cualquier criterio que exista sobre los efectos de



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

esta clase de pactos frente a los accionistas que ingresen con posterioridad a su estipulación, resulta acertada la decisión de la Superintendencia de Sociedades, dado que, se reitera, tal pacto nunca ha tenido validez (...). (S-2016).

También por la vía jurisdiccional, esta Superintendencia mediante Auto 2013-801-0096, emanado de la Delegatura para Procedimientos Mercantiles, expresó lo siguiente:

***“(...) Por lo demás, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que ‘el sustento de la justicia arbitral es el acto voluntario y libre de los contratantes de acudir a los árbitros, como quiera que “el arbitramento tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar”’. Por consiguiente, la habilitación de los árbitros por parte de todos y cada uno de los contratantes, es un requisito constitucional imperativo sin el cual no es procedente la justicia arbitral (...)*”** Y en cita a pie de página señaló lo siguiente:

***“Sentencia C-163 de 1999. Véanse también las sentencias C-242 de 1997, C-163 de 1999, C-193 de 1999, C-1140 de 2000, C-1038 de 2002, y C-330 de 2012. En la **sentencia SU-174 de 2007, la Corte Constitucional** expresó que ‘el anterior recuento jurisprudencial demuestra, en síntesis, la importancia dada por la Constitución a la autonomía de las partes como fundamento del origen de cada proceso arbitral, y **que el principio de habilitación voluntaria de la justicia arbitral por las partes ha sido uno de los ejes cardinales de la doctrina constitucional sobre el tema, en aplicación del artículo 116 de la Carta. Incluso el Legislador debe respetar la autonomía de la voluntad de las partes.** La Corte ha concluido que son contrarias a este principio esencial que determina el origen, los alcances, el ámbito y los efectos del arbitramento las normas legales que (i) imponen a los particulares en determinados contextos la obligación de acudir al arbitraje; (ii) exigen a ciertas empresas estatales someter las diferencias que puedan surgir en los contratos que celebran a procesos arbitrales; (iii) obligan a las partes en ciertos tipos de contratos a incluir una cláusula compromisoria; o (iv) atribuyen funciones arbitrales a entidades o individuos que no han sido expresamente habilitados por las partes en ejercicio de su voluntad libre y autónoma’.*”**

Agrega la corte en la referida sentencia de la unificación:

***“(...) En otras palabras, el sustento de la justicia arbitral es el reconocimiento constitucional expreso de la decisión libre y voluntaria de las partes contratantes de no acudir al sistema estatal de administración de justicia sino al arbitraje para la decisión de sus disputas: la habilitación voluntaria de los árbitros es, por lo tanto, un requisito constitucional imperativo que determina la procedencia de este mecanismo de resolución de controversias. Así, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la principal y fundamental diferencia entre la justicia que administran*”**



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

los árbitros y la que administran los jueces de la República es que, mientras que los jueces ejercen una función pública institucional que es inherente a la existencia misma del Estado, los particulares ejercen esa función en virtud de la habilitación que les han conferido en ejercicio de la autonomía de su voluntad contractual las partes que se enfrentan en un conflicto determinado (...)

Frente a las inquietudes por usted propuestas, se procedió a efectuar un nuevo estudio sobre la viabilidad de impugnar las decisiones sociales a través del mecanismo de la cláusula compromisoria, para cuyo propósito, se procedió a revisar la normatividad aplicable y estudios relacionados, dentro de los cuales se encontró un documento publicado en el mes de julio de 2019, en la revista ARBITRIO de la Cámara de Comercio de Bogotá, efectuado por el Doctor Juan Pablo Liévano Vegalara, actual Superintendente de Sociedades y la Doctora Yolima Prada Márquez que se titula “EL PACTO ARBITRAL EN EL CONTRATO SOCIETARIO: COMPARATIVO JURISPRUDENCIAL”, páginas 60 a 65 algunos de cuyos apartes expresan lo siguiente:

*“(...) se estima que la prohibición del artículo 194 del Código de Comercio **ha sido derogada expresamente por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012.***

*Por su parte, **el numeral primero del artículo 38 de la Ley 153 de 1887 exceptúa de la aplicación de las leyes vigentes al momento del contrato, las “concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato”; por consiguiente, la misma norma en la que se han fundamentado, contempla dentro de su cuerpo la excepción indicada.***

*De igual manera, **el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 modificado a su vez por el artículo 626 del Código General del Proceso, explícitamente consagra la forma de aplicar las normas procesales cuando ocurre un tránsito de legislación; siendo, por tanto, completamente procedente aplicar la nueva normatividad aunque las sociedades se hubieren creado bajo el imperio de la norma procesal anterior.***

*Así mismo, **el artículo 13 del Código General del Proceso es perentorio en cuanto a la observancia de las normas procesales, por lo que no resultaría viable desconocer dichas disposiciones so pretexto de una supervivencia o ultra actividad de la norma que, en nuestro criterio, se encuentra derogada. Más aún, el artículo 624 del referido Código advierte que la competencia se regirá por la legislación vigente al momento de la formulación de la demanda, teniendo presente, además, que las facultades del numeral quinto del artículo 24 de dicha codificación, es una de las posibilidades de acceso a la justicia que existen, pudiendo las partes libremente pactar mecanismos alternativos de solución de conflictos, como lo es la cláusula compromisoria.***



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

Siendo más precisos, el artículo 120 del Código de Comercio consagra específicamente cómo entender el tránsito de legislación en el caso del contrato social, indicando que debe prevalecer la nueva ley, -en este caso el Estatuto Arbitral-, en lo que hace referencia a las relaciones entre los socios, derivadas del contrato, como serían las generadas de las decisiones sociales adoptadas, para su posible impugnación.

En adición, el artículo 106 del Código de Comercio consagra que una vez abolida la prohibición legal de la cual provenía el objeto ilícito, el contrato quedaría purgado automáticamente del vicio de nulidad; consecuencia que se encuentra en consonancia con el artículo sexto del Código Civil; por ende, desaparecida la prohibición los actos se tornarían válidos (...)" (Negrilla fuera del texto).

Como se observa, la anterior postura afirma que la cláusula compromisoria, es parte integrante de los estatutos sociales y en tal virtud, una vez registrada la escritura de constitución en cámara de comercio, es oponible a terceros junto con todas las cláusulas que se hubieren incorporado, aún aquellas que otorguen todos los socios antes de su registro, mediante escrituras adicionales, que se entenderán incorporadas al acto de constitución, en los términos establecidos en los artículos 111, 112 y 113 del código de Comercio. 2.

2 ARTÍCULO 111. INSCRIPCIÓN DE ESCRITURA PÚBLICA DE CONSTITUCIÓN EN EL REGISTRO DE LA CÁMARA DE COMERCIO. Copia de la escritura social será inscrita en el registro mercantil de la cámara de comercio con jurisdicción en el lugar donde la sociedad establezca su domicilio principal (...)" **ARTÍCULO 112. EFECTOS DEL NO REGISTRO DE LA SOCIEDAD ANTE LA CÁMARA DE COMERCIO.** Mientras la escritura social no sea registrada en la cámara correspondiente al domicilio principal de la sociedad, será inoponible el contrato a terceros, aunque se haya consumado la entrega de los aportes de los socios.

ARTÍCULO 113. OMISIÓN DE REQUISITOS EN ESCRITURA SOCIAL. Si en la escritura social se ha omitido alguna de las estipulaciones indicadas en el artículo 110, o expresado en forma incompleta o en desacuerdo con el régimen legal del respectivo tipo de sociedad, podrán otorgarse escrituras adicionales, por los mismos socios, antes de que se haga la correspondiente inscripción. Tales escrituras se entenderán incorporadas al acto de constitución de la sociedad."

3 ARTÍCULO 38 DE LA LEY 153 DE 1887:

En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Exceptúense de esta disposición:

Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y,

4 Artículo 40 Las normas concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

5 Deróguense las siguientes disposiciones: y explícitamente consagra la forma de aplicar las normas procesales cuando ocurre un tránsito de legislación.

6 "ARTÍCULO 120. TRÁNSITO DE LEGISLACIÓN VIGENTE. Las sociedades válidamente constituidas, los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas por tales sociedades bajo el imperio de una ley, subsistirán bajo el imperio de la ley posterior; pero la administración social y las relaciones derivadas del contrato, tanto entre los socios como respecto de terceros, se sujetarán a la ley nueva.

7 Artículo 118. Derogaciones. Deróguense el Decreto número 2279 de 1989; el inciso primero del artículo 10 del Decreto número 1056 de 1953, los artículos 90 a 117 de la Ley 23 de 1991; los artículos 12 a 20 del Decreto número 2651 de 1991; los artículos 70 a 72 de la Ley 80 de 1993; los artículos 111 a 132 de la Ley 446 de 1998; los artículos 111 a 231 del Decreto número 1818 de 1998; el inciso 3 del artículo 331 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 34 de la Ley 794 de 2003; el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007; la Ley 315 de 1996; el literal b) del artículo 3º y el inciso 3 del artículo 7 de la Ley 1394 de 2010, el numeral 12 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011; el inciso 2 del artículo 693 del Código de Procedimiento Civil; y el artículo 194 del Código de Comercio, así como todas las disposiciones contrarias a la presente ley. (la negrilla no es del texto).

La anterior posición doctrinal se sustenta en el desarrollo del contrato social, a partir de la aplicación del numeral primero del artículo 38 de la ley 153 de 1887,



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

el artículo 40 ibídem⁴, modificado por el artículo 626 del Código General del Proceso⁵, el artículo 120 del Código de Comercio⁶, en concordancia con el artículo 194 del Código de Comercio, derogado por el artículo 118 de la ley 1563 de 2012⁷

En consecuencia, a juicio de esta Oficina, es dable **colegir que la impugnación de las decisiones sociales puede ser objeto de decisión arbitral** cuando en los estatutos sociales se hubiere establecido la cláusula compromisoria, toda vez que la restricción legal que existía en el artículo 194 del Código de Comercio, desapareció del ordenamiento jurídico.

Conforme a lo expuesto y para responder el **primer interrogante**, sin perjuicio del análisis de competencia que corresponda hacer a los árbitros designados para conformar el tribunal de arbitramento, es viable decidir por la vía arbitral, las demandas de impugnación de decisiones sociales.

En torno a este aspecto, vale la pena también citar el estudio publicado en la misma revista ARBITRIO, por el Doctor: Daniel Posse Velásquez, página 56, en la que afirma lo siguiente: ***“En materia arbitral no existe duda de que es el Tribunal Arbitral quien debe decidir sobre su propia competencia, su decisión prevalece sobre cualquier otra proferida por la justicia ordinaria (artículo 29 y 79 de la Ley 1563 de 2012). Así está explícitamente establecido en el Estatuto Arbitral tanto doméstico como internacional (...).”*** (la negrilla no es del texto).

Frente al **segundo interrogante** en cuanto consulta si los conflictos internos de la sociedad, han impedido que desde el año 1995, se pueda realizar una reforma de estatutos, podría afirmarse que la derogatoria del artículo 194 del Código de Comercio que hace el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, prevalece sobre la voluntad de los socios en la época en que se constituyó la sociedad, esto es, el año 1989, debe responderse teniendo en cuenta lo dicho por el artículo 106 del Código de Comercio, según el cual:

“ARTÍCULO 106. NULIDAD INSANABLE EN CONTRATO DE SOCIEDAD. La nulidad proveniente de ilicitud del objeto o de la causa no podrá sanearse. No obstante, cuando la ilicitud provenga de una prohibición legal o de la existencia de un monopolio oficial, la abolición de la prohibición o del monopolio purgarán el contrato del vicio de nulidad.” (Subrayado fuera del texto).

Conforme a lo anterior, al derogarse la prohibición, prevista por el artículo 194 del Código de Comercio, ***“purgará el contrato del vicio de nulidad”*** y cobrará vigencia la aplicación de la cláusula compromisoria.

Respecto a la **tercera inquietud** la misma ya fue contestada.

En los anteriores términos se han atendido sus inquietudes, no sin antes manifestarle que el presente oficio tiene los alcances del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.