

**RÉGIMEN JURÍDICO DE PARTICIPACIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS SOCIOS  
MINORITARIOS EN LOS DIFERENTES TIPOS DE SOCIEDADES  
COMERCIALES EN COLOMBIA.**

**CAMILO ANDRÉS BARACALDO CÁRDENAS**

**LUIS FELIPE RINCÓN STERLING**

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA  
FACULTAD DE DERECHO  
BOGOTÁ D.C.  
2005**

**RÉGIMEN JURÍDICO DE PARTICIPACIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS SOCIOS  
MINORITARIOS EN LOS DIFERENTES TIPOS DE SOCIEDADES  
COMERCIALES EN COLOMBIA**

**CAMILO ANDRÉS BARACALDO CÁRDENAS**

**LUIS FELIPE RINCÓN STERLING**

**Director – Asesor**

**Carlos Felipe Pinilla Acevedo  
Abogado**

**Especialista en Régimen Jurídico, Financiero y Contable de Impuestos**

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA  
FACULTAD DE DERECHO  
BOGOTÁ D.C.  
2005**

## CONTENIDO

	Pág.
RESUMEN	
ABSTRACT	
KEY WORDS	
INTRODUCCIÓN	
1. LAS SOCIEDADES COMERCIALES Y LA PARTICIPACIÓN DE LOS SOCIOS	1
1.1 SOCIEDAD COMERCIAL	1
1.1.1 Concepto.	1
1.1.2 Ánimo societario.	3
1.1.3 Personalidad jurídica de la sociedad y sus atributos.	4
1.1.3.1 Nombre.	5
1.1.3.2 Domicilio.	7
1.1.3.3 Capacidad jurídica.	9
1.1.3.4 Patrimonio.	13
1.1.3.5 Nacionalidad.	14
1.1.4 Órganos Sociales.	16
1.2 DERECHOS INDIVIDUALES DE LOS SOCIOS FRENTE A LA SOCIEDAD	18
1.2.1 Derechos políticos.	19
1.2.1.1 Derecho a voto.	19
1.2.1.2 Derecho a elegir y ser elegido.	21
1.2.1.3 Derecho de inspección.	24
1.2.1.4 Derecho de retiro.	29
1.2.2 Derechos económicos.	33
1.2.2.1 Derecho a dividendos o utilidades.	33
1.2.2.2 Derecho a transmitir la condición de socio o accionista.	39

1.2.2.3 Derecho de preferencia.	41
1.2.2.4 Derecho al reembolso o restitución del aporte.	45
1.3 ADMINISTRADORES Y SOCIOS EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES	51
1.3.1 Concepto de administrador.	52
1.3.2 Deberes de los administradores.	52
1.3.3 Inhabilidades de los administradores.	61
1.3.4 Incompatibilidades de los administradores.	62
2. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS SOCIOS MINORITARIOS EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES	65
2.1 SOCIO MINORITARIO.	65
2.1.1 Noción.	65
2.1.2 Características.	66
2.2 MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE SOCIOS MINORITARIOS	67
2.2.1 Cuociente electoral.	68
2.2.2 Pluralidad de socios en la adopción de decisiones del máximo órgano social.	73
2.2.3 Ejercicio del derecho de inspección.	76
2.2.4 Ejercicio del derecho de retiro.	79
2.2.5 Ejercicio del derecho a veto.	82
2.2.6 Actuaciones frente a los órganos sociales.	84
2.2.6.1 Actuaciones ante el máximo órgano social.	85
2.2.6.2 Actuaciones ante el órgano de administración.	88
2.2.6.3 Actuaciones ante el órgano de representación legal.	90
2.2.6.4 Actuaciones ante el órgano de fiscalización privada.	93
2.2.7 Actuaciones ante la Superintendencia de Sociedades.	95
2.2.7.1 En funciones de inspección.	98
2.2.7.2 En funciones de vigilancia.	101

2.2.7.3 En funciones de control.	110
2.2.7.4 Medidas administrativas especiales.	115
2.2.8 Acciones judiciales.	118
2.2.8.1 Impugnación de decisiones.	119
2.2.8.2 Acción de responsabilidad contra los administradores.	125
2.2.8.3 Acción penal.	129
2.2.8.3.1 Ley 600 de 2000.	131
2.2.8.3.2 Ley 906 de 2004.	132
2.2.8.3.3 Diversas conductas punibles.	134
2.2.8.3.3.1 Falsedad documental.	134
2.2.8.3.3.2 Violación de secretos industriales.	136
2.2.8.3.3.3 Fraudes fiscales.	136
2.2.8.3.3.4 Defraudaciones.	137
2.2.8.3.3.5 Estafa.	139
2.2.8.3.3.6 Demás delitos contra el patrimonio económico.	139
2.2.8.4 Indemnización de los perjuicios patrimoniales dentro del proceso penal.	140
2.3. MECANISMOS DE PROTECCIÓN EN LOS DISTINTOS TIPOS SOCIALES	145
2.3.1 Sociedad colectiva.	146
2.3.1.1 Derechos políticos de los socios en la sociedad colectiva.	148
2.3.1.1.1 Derecho a voto.	148
2.3.1.1.2 Derecho a elegir y ser elegido.	150
2.3.1.1.3 Derecho de inspección.	151
2.3.1.1.4 Derecho de retiro.	152
2.3.1.1.5 Derecho a veto.	152
2.3.1.1.6 Derecho a exigir la exclusión de socio.	154
2.3.1.2 Derechos económicos de los socios en la sociedad colectiva.	154

2.3.1.2.1 Derecho a utilidades.	154
2.3.1.2.2 Derecho a transmitir la condición de socio.	155
2.3.1.2.3 Derecho de preferencia.	156
2.3.1.2.4 Derecho al reembolso o restitución del aporte.	156
2.3.2 Sociedades en comandita.	157
2.3.2.1 Derechos políticos de los socios en la sociedad en comandita simple.	161
2.3.2.1.1 Derecho a voto.	161
2.3.2.1.2 Derecho a elegir y ser elegido.	163
2.3.2.1.3 Derecho de inspección.	163
2.3.2.1.4 Derecho de retiro.	164
2.3.2.2 Derechos económicos de los socios en la sociedad en comandita simple.	165
2.3.2.2.1 Derecho a utilidades.	165
2.3.2.2.2 Derecho a transmitir la condición de socio.	166
2.3.2.2.3 Derecho de preferencia.	167
2.3.2.2.4 Derecho al reembolso o restitución del aporte.	168
2.3.2.3 Derechos políticos de los asociados en la sociedad en comandita por acciones.	168
2.3.2.3.1 Derecho a voto.	168
2.3.2.3.2 Derecho a elegir y ser elegido.	170
2.3.2.3.3 Derecho de inspección.	171
2.3.2.3.4 Derecho de retiro.	171
2.3.2.4 Derechos económicos de los asociados en la sociedad en comandita por acciones.	171
2.3.2.4.1 Derecho a utilidades.	171
2.3.2.4.2 Derecho a transmitir la condición de socio.	172
2.3.2.4.3 Derecho de preferencia.	174
2.3.2.4.4 Derecho al reembolso o restitución del aporte.	176

CONCLUSIONES

177

BIBLIOGRAFÍA

179

## **RESUMEN**

Frente a la realidad del imperio de las mayorías en la formación y manifestación de la voluntad de la persona jurídica independiente que se deriva del contrato de sociedad, centra la atención el presente trabajo de grado en resaltar los denominados derechos económicos y políticos de los socios o accionistas en las sociedades comerciales de las que forman parte y los instrumentos legales para su protección, consagrados en el ordenamiento jurídico colombiano, con fundamento en el respeto a la irreductible condición de socio o accionista (*status socii*), y los cuales sirven de atenuantes al poderío de las mencionadas mayorías societarias. Todo lo anterior desde el enfoque teórico de la situación de debilidad en que se encuentran los socios minoritarios y a través del planteamiento de fórmulas jurídicas con las que pretendemos ilustrar el ejercicio idóneo y efectivo de dichos derechos e instrumentos jurídicos.

## **ABSTRACT**

It is widely believed that shareholders with a greater stake in a company naturally have more legal rights over its destiny. This legal study has demonstrated that the Colombian constitution actually does protect the political and economic rights of smaller stakeholders, guaranteeing them a legal status identical to larger investors. Theoretically, the study was based on the rights of minorities granted by the 1991 political constitution of Colombia, which has clearly guaranteed rights for economically and politically marginalized citizens. Finally, it is argued that small stake holder rights are protected by several articles of the political constitution and the Colombian commercial code.

## **PALABRAS CLAVE**

acción judicial, accionista, actuación administrativa, administradores, asamblea general de accionistas, control, derechos económicos, derechos políticos, estatutos sociales, inspección, junta general de socios, medida administrativa, órgano social, sociedad comercial, socio, socio minoritario, superintendencia de sociedades, utilidades, vigilancia y voto.

## **KEY WORDS**

administrative measure, administrators, alertness, annual stockholders meeting, associates' general meeting, company, complaint, control, economic rights, inspection, judicial action, minority shareholder, political rights, profit, shareholder, social bylaws, social organ, stockholder, superintendencia de sociedades and vote.

## INTRODUCCIÓN

Nos permitimos gratamente presentar a consideración y provecho del lector este documento, resultado de nuestro ejercicio académico de investigación eminentemente descriptiva, complementario de nuestra formación profesional en materia de derecho de sociedades comerciales, actualmente conocido como derecho societario.

Constituye el objeto material de nuestra investigación académica el fenómeno jurídico y económico de la sociedad comercial, tal y como se encuentra conceptualizado y regulado en el ordenamiento jurídico colombiano, en atención a la importancia que ostenta la reunión de trabajo, capitales y conocimientos en un modelo empresarial asociativo que permite eficientemente, y bajo responsabilidades patrimoniales determinadas y concretas, la producción de bienes y servicios en las economías de los diferentes Estados de Derecho.

En este sentido cobra especial importancia que dentro de los ordenamientos jurídicos se adopten principios y se establezcan normas jurídicas claras que promuevan y motiven el desarrollo de actividades económicas bajo el modelo empresarial de las sociedades comerciales, teniendo siempre presente la necesidad de brindar seguridad jurídica a los sujetos de derecho que participan en la formación y funcionamiento de las mismas, a los terceros y al Estado.

Por esta razón y frente a la realidad del imperio de las mayorías en la formación y manifestación de la voluntad de la persona jurídica independiente que se deriva del contrato de sociedad, centra la atención el presente trabajo de grado en resaltar los denominados derechos económicos y políticos de los socios o accionistas en las sociedades comerciales de las que forman parte y los instrumentos legales para su protección, consagrados en el ordenamiento jurídico colombiano con fundamento en el respeto a la irreductible condición de socio o accionista (*status socii*), y los cuales sirven de atenuantes al poderío de las mencionadas mayorías societarias.

Lo anteriormente planteado sin pretender abarcar todos los campos que en materia jurídica generan los mencionados derechos e instrumentos legales, sino que hemos abordado su análisis considerándolos desde el enfoque teórico de la situación de debilidad en que se encuentran los socios minoritarios en la estructura general del ente societario debido al principio vigente del imperio de las mayorías.

Dentro del contexto planteado, con fundamento en nuestra formación académica y en nuestras recientes experiencias laborales en materia de Derecho Societario,

partimos de la hipótesis de que efectivamente los sujetos de derecho que ostentan la calidad de socios minoritarios dentro de las sociedades comerciales se encuentran en condiciones desfavorables frente a las mayorías que se conforman dentro del seno de los mismos entes, y que frente a dicha realidad el legislador colombiano ha pretendido controlar esa situación jurídica a fin de evitar que con fundamento en el poderío de las mayorías se genere detrimento patrimonial injustificado a quienes ostentan la condición de socios minoritarios y en provecho de quienes conforman el bloque de participación mayoritaria dentro de las mismas.

Como evidencia de la mencionada gestión del legislador colombiano encontramos la consagración de expresos derechos e instrumentos jurídicos para su protección, a favor de todos los socios de las sociedades comerciales, y en especial a favor de aquellos socios o accionistas con participación minoritaria y que no hacen parte del gobierno del ente societario.

Dentro de los mencionados instrumentos jurídicos de protección de los derechos de los socios o accionistas encontramos que se destacan: (i) las actuaciones autorizadas por la ley y los estatutos frente a los órganos sociales de dirección, administración, representación legal y fiscalización privada, (ii) las actuaciones ante y a cargo de la autoridad administrativa que ejerce funciones de inspección, vigilancia y control sobre las sociedades comerciales respecto del ente social, y (iii) el ejercicio de acciones judiciales de carácter civil y penal.

Sobre el particular identificamos que en Colombia el grupo de población económicamente activa a través de las sociedades comerciales no conoce en su real dimensión el régimen jurídico de participación y protección de los socios minoritarios, razón por la que los instrumentos de protección a los derechos políticos y económicos de los socios minoritarios se tornan fallidos, ya sea porque no son ejercidos o se ejercen en abuso del derecho, extremos perjudiciales al orden y seguridad jurídica – económica propia del modelo de Estado de Derecho.

Como fórmula para hacer frente al problema planteado y con el ánimo de comprender y abarcar las características esenciales de los derechos políticos y económicos de los socios o accionistas en las sociedades comerciales colombianas y de los instrumentos jurídicos creados por el legislador para su protección, nos propusimos revisar de la literatura jurídica colombiana existente sobre la materia, determinar el marco constitucional y legal vigente y por ende aplicable, analizar la jurisprudencia referente a dichos derechos e instrumentos, consultar a la autoridad administrativa que ejerce las funciones de inspección, vigilancia y control sobre las sociedades comerciales –Superintendencia de Sociedades– y analizar los actos proferidos por la misma Entidad.

En este sentido utilizamos para obtener la información jurídica pertinente el método deductivo a partir de las fuentes antes mencionadas, para luego mediante el método sintético finalmente proceder en forma ordenada y sistemática a

describir los derechos de los socios o accionistas y los instrumentos jurídicos para su protección.

Pretendemos que este trabajo sirva de manual y guía a todo sujeto de derecho que se encuentre en la condición de socio minoritario, permitiéndole ilustrarse para el ejercicio idóneo y oportuno de sus derechos y la operación efectiva de los diferentes instrumentos jurídicos establecidos por el legislador para su protección.

Para tal fin hemos dividido el documento en dos partes, constitutivas de dos grandes capítulos, la general denominada “las sociedades comerciales y la participación de los socios” y la especial titulada “mecanismos de protección de los socios minoritarios en las sociedades comerciales”.

La parte general se dedica a identificar las principales características y atributos de la persona jurídica de la sociedad comercial, como los derechos y deberes de los asociados y administradores entre si y frente al ente social.

La parte especial aborda, a partir del concepto de socio minoritario, la forma, beneficios y utilidades del correcto ejercicio de los principales derechos de esta clase de socios o accionistas y la promoción de las actuaciones administrativas frente a la Superintendencia de Sociedades, como también el ejercicio de las acciones judiciales de carácter civil y penal pertinentes.

El lector encontrará especial énfasis en los tipos sociales menos abordados por la literatura jurídica existente, cual es el caso de las sociedades colectivas, en comandita simple y en comandita por acciones.

Agradecemos el acompañamiento brindado por la Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana y por nuestro director de la investigación para la producción del presente documento, con fundamento en la doctrina colombiana, los principios de derecho, la legislación y la jurisprudencia existente sobre la materia.

# 1. LAS SOCIEDADES COMERCIALES Y LA PARTICIPACIÓN DE LOS SOCIOS

## 1.1 LA SOCIEDAD COMERCIAL

Como quiera que en la presente investigación se aborda la situación jurídica especial en la que se encuentra un grupo determinado de socios dentro de la estructura de las sociedades comerciales, mal haríamos en adentrarnos en dicha situación sin antes comprender a plenitud el concepto de sociedad comercial en nuestro ordenamiento jurídico, la causa eficiente y final de la misma, los atributos que corresponden a ella y la estructura dinámica que le permite manifestarse en el mundo jurídico.

**1.1.1 Concepto.** En primer lugar acudiendo a la fuente legal, artículo 98 del Código de Comercio, encontramos, antes de cualquier otra consideración, que la sociedad comercial es *prima facie* un contrato que como todo contrato consiste en un acuerdo de voluntades<sup>1</sup>.

En efecto, el título primero del libro segundo de nuestro Código de Comercio se denomina “Del contrato de Sociedad” y en igual sentido el artículo 2079 del Código Civil consagraba la figura societaria como un contrato al que por sinonimia denominaba contrato de compañía. Este artículo fue derogado por el 242 de la ley 222 de 1995, la cual a su vez, en su artículo primero, al modificar el artículo 100 del Código de Comercio, modificó el régimen actual aplicable a las sociedades sin importar que las actividades económicas que se desarrollen a través de las mismas, sean del orden civil, comercial o mixto.

Las normas citadas son del siguiente tenor:

*ART 98 - C. Co. Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.*

---

<sup>1</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. 6 ed. Bogotá : Editorial Temis, 2000. p. 17, 43.

*La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.*

*ART. 2079 – C. C. La sociedad o compañía es un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación.*

*La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.*

Nos referíamos a que el contrato de sociedad como todo contrato surge de un acuerdo de voluntades. De las normas transcritas y de la literatura jurídica existente sobre la materia, es claro que en el contrato de sociedad no nos encontramos ante un ordinario acuerdo de voluntades de intereses contrapuesto entre las partes, sino que el beneficio de la negociación perseguido por los intervinientes proviene de la pluralidad de manifestaciones de voluntad que conllevan la realización de un aporte, el cual establece la ley puede consistir en la entrega de dinero, la entrega de un bien o la prestación de un servicio personal de trabajo, para posibilitar a través de los mismos, el desarrollo de una actividad económica con finalidad lucrativa.

Adicionalmente como arista especial y consecuencia directa y trascendental del contrato de sociedad nuestro ordenamiento jurídico, como lo hacen los demás ordenamientos jurídicos en el mundo, otorga a dicho contrato la propiedad de generar una persona jurídica, la cual, señala expresamente la norma del código de comercio antes transcrita, es una persona jurídica diferente e independiente de las personas que intervienen en el contrato de sociedad para darle vida y que se denominan socios de la misma.

Como persona jurídica, el ordenamiento jurídico reconoce y determina los atributos que le son propios, los cuales le dotan de lo necesario para operar en el mundo del derecho; el análisis de dichos atributos será abordado mas adelante dentro de este capítulo.

Consideramos que la norma transcrita que define el contrato de sociedad se queda corta en punto de identificar la causa eficiente del mismo contrato, consistente en la manifestación de la voluntad de una pluralidad de sujetos de derecho, la cual va de la mano de la causa final del contrato, esta sí plenamente identificada como la intención de llevar a cabo una explotación económica con los aportes realizados, en búsqueda de obtener unos beneficios o utilidades repartibles.

En este sentido pasamos a analizar el complemento de la manifestación de la voluntad de la pluralidad de los sujetos de derecho, constitutivo también de la causa eficiente del contrato de sociedad.

**1.1.2 Ánimo societario.** El especial acuerdo de voluntades que en un mismo sentido se manifiestan por una pluralidad de sujetos permitiendo la concreción y el surgimiento de una persona jurídica, tiene como finalidad u objetivo perseguido por los constituyentes de dicha persona jurídica e intervinientes en el contrato de sociedad, la generación de riqueza o el ánimo de lucrarse justificadamente con fundamento y en proporción al aporte realizado.

Ese propósito de generación de riqueza, atendiendo a particularidades especiales de la coyuntura de formación del acuerdo de voluntades pluripersonal que da vida a la sociedad comercial, puede enmarcarse en uno de los dos grandes grupos de sociedades comerciales derivados de una primera clasificación: si aquello que mueve a la creación de la forma asociativa de empresa son las calidades personales de los socios, como causa eficiente y no como causa final, nos encontramos ante una sociedad de las denominadas doctrinariamente como *sociedad de personas*<sup>2</sup>, si en distinto sentido, lo relevante para la forma asociativa empresarial no es esencialmente dichas calidades personales sino que el motivo para la constitución de la sociedad es la reunión de calidad y cantidad de recursos económicos para el desarrollo de determinada actividad empresarial, las sociedades que así surgen son conocidas como *sociedades de capital*.<sup>3</sup>

No obstante la anterior clasificación es claro que en ambos grupos de sociedades la persecución del ánimo de lucro se encuentra siempre presente, en el primero de ellos como causa final y en el segundo como causa eficiente del contrato de sociedad comercial.

En efecto, nos encontramos convencidos, y la realidad nos lo demuestra, que la causa que mueve a las personas naturales o jurídicas a reunirse para desarrollar una actividad económica conjuntamente bajo el esquema especial de un ente independiente a ellas, en ningún caso es la voluntad de disminuir o desgastar el aporte sin retribución alguna.

La doctrina ha denominado a dicho fenómeno de persecución de riqueza bajo la forma asociativa de las sociedades comerciales como el *animus societatis*<sup>3</sup> o el *animus contrahendi societatis*” del clásico Derecho Romano.

---

<sup>2</sup> NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Teoría General de las Sociedades. 8 ed. Bogotá : Legis Editores, 1998. p. 73 – 75.

<sup>3</sup> Ibid; p. 102-105.

**1.1.3 Personalidad jurídica de la sociedad y sus atributos.** El efecto jurídico trascendental del contrato de sociedad es el surgimiento de una persona jurídica distinta a aquellos sujetos de derecho que intervienen en el mismo.

Respecto a las personas jurídicas encontramos en la literatura jurídica<sup>4</sup> que dicho concepto ha sido objeto de evolución doctrinal desde inicios del siglo XIX.

En efecto, a partir de la teoría de la ficción planteada por Federico Carlos de Savigny, según la cual la persona jurídica es un ser distinto de la realidad, que la ciencia jurídica erige como sujeto de derechos y obligaciones patrimoniales, otorgándosele expresamente por virtud de la ley, la capacidad necesaria para permitir que los individuos que la componen ejerzan las actividades a través de las cuales se persigue el fin concreto que se proponen, fue que Don Andrés Bello, en el Código Civil Chileno definió a la persona jurídica, definición transferida a nuestro Código Civil Colombiano, el cual en su artículo 663, lo hace en los siguientes términos:

*ART. 633.- Se llama persona jurídica, una persona ficticia capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente (...).*

Posteriormente en el siglo XX aparecería la teoría de la realidad, la cual circunscribe la personería jurídica de la sociedad, no a la creación ficticia realizada por la ley, sino al reconocimiento de una realidad consistente en la agrupación de sujetos de derecho con fines especiales y propios, distintos a los de cada uno de los integrantes de dicho grupo en particular, cuya voluntad y acción unificadas se manifiesta por medio de los órganos instituidos dentro de la misma agrupación o colectividad.

De otro lado la concepción lógico jurídica de la persona colectiva de Hans Kelsen expresa que perteneciendo el concepto de persona al mundo jurídico, toda persona es siempre jurídica, tanto la física o natural como la denominada persona jurídica proveniente de las colectividades organizadas conforme a la ley, pues considera que entre ellas existe igualdad en el mundo del derecho, y en punto de la sociedad comercial sostiene que es un grupo de individuos tratados por el derecho como una unidad, es decir como una persona que tiene derechos y deberes distintos de los que tienen los individuos que la componen, siendo considerada como persona porque en relación con ella el orden jurídico estipula ciertos derechos y deberes relativos a los intereses de los miembros de la misma,

---

<sup>4</sup> Ibid; p. 37-44.

precisando que tales derechos y deberes son creados especialmente por actos de los órganos de la persona conformada por la colectividad<sup>5</sup>.

Actualmente se presentan teorías en relación con la persona jurídica de la sociedad comercial que tienden a fijar límites a la distinción dentro del fenómeno jurídico de la colectividad y los intereses de cada uno de sus integrantes, cuando en ejercicio de los atributos de dicha persona jurídica se abusa de los mismos en perjuicio de terceros o del orden público. Dicho movimiento doctrinal que viene siendo reconocido legalmente es conocido como el levantamiento del velo corporativo o desestimación de la personería jurídica.

En todo caso, en el estado actual de las cosas, la personalidad jurídica de la sociedad comercial goza del reconocimiento del ordenamiento jurídico para su ejercicio. Dicho reconocimiento comprende principalmente la consagración de los denominados en la ciencia jurídica como atributos de la personalidad, equivalentes a los reconocidos a la persona natural o física del ser humano, a saber, nombre, domicilio, capacidad jurídica, patrimonio y nacionalidad.

**1.1.3.1 Nombre.** En cuanto al nombre es claro que este atributo brinda a la persona jurídica identidad en el tráfico social y comercial, es decir que le permite distinguirse entre las demás personas jurídicas de su naturaleza y por esta razón no es permitido por la ley mercantil<sup>6</sup> que exista igualdad o similitud entre el nombre de una sociedad y otra u otras.

En este sentido, el artículo 110 del Código de Comercio Colombiano, en su numeral segundo, consagra al nombre de la sociedad como elemento esencial del contrato por el cual se constituye, el cual se ve determinado por el tipo de sociedad que se adopte, pues no solo dependiendo del tipo social, el nombre va acompañado o no de la sigla correspondiente, sino que dependiendo de si se trata de una sociedad de personas, es decir de aquellas en las cuales el ánimo societario radica en las calidades especiales de los intervinientes, a saber sociedades colectivas o sociedades en comandita, dicho atributo lo define la ley como “razón social”; y en el caso de las sociedades de capitales, es decir aquellas en las cuales los intervinientes en el contrato de sociedad realizan aportes para el desarrollo de la actividad económica sin consideración a las calidades de los demás, cual es el caso de la sociedad anónima, el nombre lo conforma una “denominación social”.

---

<sup>5</sup> KELSEN, Hans. Teoría general del derecho y del Estado. 3ª ed., trad. De Eduardo García Máynez, México, UNAM. Colección Textos Universitarios, 1969, p. 113.

<sup>6</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 de 1971, “Código de Comercio Colombiano”, artículo 35.

La razón social que sirve de nombre a las sociedades de personas según nuestra legislación mercantil se forma con los prenombrados o con los apellidos de todos, algunos o varios socios. Así lo contemplan, en el caso de las sociedades colectivas y de las sociedades en comandita, los artículos 303 y 324 del Código de Comercio, los cuales establecen lo siguiente:

*ART. 303 “La razón social se formará con el nombre completo o el solo apellido de alguno o algunos de los socios seguido de las expresiones “y compañía”, “hermanos”, “e hijos”, u otras análogas, sino se incluyen los nombres completos o los apellidos de todos los socios.*

*No podrá incluirse el nombre de un extraño en la razón social. Quien lo tolere, será responsable a favor de las personas que hubieren contratado con la sociedad.”*

*ART. 324. “La razón social de las comanditarias se formará con el nombre completo o el solo apellido de uno o más socios colectivos y se agregará la expresión “y compañía” o la abreviatura “& Cía.”, seguida en todo caso de la indicación abreviada “S. en C.”, o de las palabras “Sociedad Comanditaria por Acciones” o su abreviatura “SCA”, si es por acciones, so pena de que para todos los efectos legales se presuma de derecho que la sociedad es colectiva.*

*El socio comanditario o la persona extraña a la sociedad que tolere la inclusión de su nombre en la razón social, responderá como socio colectivo.”*

De otra parte, en los casos en los que el nombre de la sociedad consiste en una denominación social, el establecimiento de la misma obedece a la inclusión de expresiones propias de las actividades o negocios del objeto de la sociedad, o de la creación del ingenio de los constituyentes dirigido a convertirse en un atractivo para los futuros clientes y en general para los terceros con los que aspira la sociedad a establecer relaciones jurídicas y económicas.

Es claro que la denominación social como lo anunciábamos antes es propia de las sociedades en las que el móvil de su constitución lo es la reunión de capitales o el *intuitus pecuniae*, en las que no tiene relevancia entre sus socios ni ante terceros la inclusión o no de los apellidos o nombres de los socios de la compañía, sin perjuicio de que en la misma aparezcan reflejados los nombres o apellidos de alguno o algunos o varios socios, con la diferencia de que en la denominación social la tolerancia en la inclusión del apellido de persona natural alguna en la

misma no alcanza el nivel de responsabilidad establecido para los casos en los que dicha tolerancia ocurre en la razones sociales.

El nombre comercial es objeto de especial reconocimiento y protección por parte del ordenamiento jurídico colombiano, a partir de la definición que de dicho concepto jurídico contiene la decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina, por la cual se expidió el régimen común sobre propiedad industrial, y según su artículo 190 el nombre comercial es “*cualquier signo que identifique a una actividad económica, a una empresa, o a un establecimiento mercantil*”; de otro lado, la doctrina de la Superintendencia de Sociedades ha concebido al nombre comercial como un bien incorporal que presupone la existencia de un derecho de propiedad con marcadas connotaciones patrimoniales para su dueño o poseedor, que tiene acciones específicas que lo protegen de cualquier acto perturbador<sup>7</sup>.

En este sentido, la sociedad persona jurídica distinta a los socios que la constituyen, en su calidad de comerciante y empresario, tiene el derecho de usar con exclusividad su propio nombre y de impedir que otra persona jurídica o natural lo utilice en perjuicio de la misma, so pena de incurrir en actos de competencia desleal, como actos de confusión o de imitación, sancionados en los términos de la ley 256 de 1996<sup>8</sup>.

Es conveniente señalar que el derecho antes referido sobre el nombre comercial, a diferencia del derecho sobre las marcas, se adquiere con el primer uso en el mercado, situación que en las sociedades comerciales ocurre en el momento de dar publicidad al acto de constitución, y no desde su registro ante la autoridad competente –Superintendencia de Industria y Comercio–.

**1.1.3.2 Domicilio.** Este atributo de la persona jurídica de la sociedad hace referencia al lugar o circunscripción territorial en el que la sociedad proyecta desplegar su objeto, en el que los socios han decidido voluntariamente que deben ser ejercidos los derechos que ostentan frente a la sociedad y los órganos instituidos dentro de la misma y que la integran, y en el que, como regla general, los terceros podrán exigir el cumplimiento de las obligaciones que la sociedad adquiera frente a ellos o que éstos deban cumplir frente a ella.

Este concepto jurídico cobra relevancia en el ejercicio y protección de los derechos de los socios frente a la sociedad, cuyo análisis mas adelante se abordará, tales como el derecho de inspección o de fiscalización individual, la

---

<sup>7</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio AN-22617, 14 noviembre de 1989, citado por REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. Tomo 1. Bogotá: Editorial Temis, 2002, página 197.

<sup>8</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 256 de 1996. “Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal” (Diario Oficial ; 42692, 18, enero. 1996).

asistencia y participación en las reuniones del máximo órgano social en las que se adoptan las decisiones mas importantes de la sociedad y en el derecho a percibir y exigir el pago de las utilidades o dividendos.

La designación de la circunscripción territorial, bien sea municipio o distrito, es un acto voluntario de los socios que constituyen la sociedad o que hacen parte de ella con posterioridad al acto de creación, el cual se encuentra reflejado en los estatutos sociales, por ser requisito esencial para el surgimiento de la persona jurídica de la sociedad, de conformidad con el numeral 3º del artículo 110 del Código de Comercio, y elemento indispensable para referenciar, como ya lo mencionábamos, el ámbito territorial en el que los órganos sociales están llamados a ejecutar los principales actos de administración, dirección y fiscalización, y en el que la sociedad como persona jurídica, por regla general le puede ser exigido el cumplimiento de sus obligaciones.

En efecto, el numeral 3º del artículo 110 del Código de Comercio establece lo siguiente:

*“El domicilio de la sociedad y el de las distintas sucursales que se establezcan en el mismo acto de constitución.”*

El carácter eminentemente voluntario del acto que genera el domicilio de la sociedad conlleva a establecer la marcada diferencia existente entre el régimen legal del domicilio de las personas naturales y el régimen legal de la persona jurídica de la sociedad, pues de una parte el Código Civil Colombiano en los artículos 76 a 85 parte de la definición de domicilio como la residencia acompañada real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella, derivándose dicha presunción positiva de actos consistentes en la centralización de los negocios de la persona natural en un lugar determinado, mientras que en el caso de la persona jurídica de la sociedad comercial, el lugar en el que se desarrollan las principales actividades económicas previstas en su objeto, no siempre coincide con el lugar o circunscripción territorial designado como su domicilio, sino que como quedó dicho, atiende preferentemente al lugar donde tienen asiento sus órganos de dirección, administración, representación y fiscalización.

Lo anterior tiene origen desde el mismo régimen civil cuando en punto del domicilio de las personas jurídicas en su artículo 86 establece lo siguiente:

*“El domicilio de los establecimientos, corporaciones y asociaciones reconocidas por la ley, es el lugar donde está situada su administración o dirección, salvo lo que dispusieren sus estatutos o leyes especiales.”*

De conformidad con la citada norma del Código de Comercio que consagra el domicilio como elemento esencial del contrato de sociedad es posible clasificar al domicilio como atributo de la persona jurídica de la sociedad, en domicilio principal y domicilio secundario.

El domicilio principal es aquel lugar que los estatutos de la sociedad señalan, como sede o asiento de los órganos de dirección, administración, representación y fiscalización, el cual ordinariamente coincide con el centro del desarrollo de las actividades económicas contempladas dentro del objeto social, pero que como se explicó , eventualmente no acontece.

El domicilio secundario en cambio atiende a la expansión territorial de la actuación del órgano social de representación con el fin de promocionar las actividades económicas propias del objeto social de la compañía, el cual en la mayoría de los casos concurre con el establecimiento de sucursal de la sociedad sin que este acto sea requisito indispensable para la constitución de esta clase de domicilio.

Finalmente queremos resaltar que atendiendo a la relevancia del atributo del domicilio de la sociedad en el tráfico mercantil, el cambio del mismo mediante reforma estatutaria implica además la inscripción en el registro mercantil llevado por la Cámara de Comercio con jurisdicción en el nuevo lugar designando como domicilio del acto público de constitución de la sociedad y de sus reformas.

En este sentido el artículo 165 del Código de Comercio consagra lo siguiente:

*“Cuando una reforma del contrato tenga por objeto el cambio de domicilio de la sociedad y este corresponda a un lugar comprendido dentro de la jurisdicción de una cámara de comercio distinta de aquella en la cual se haya registrado la escritura de constitución, deberá registrarse copia de dicha escritura y de las demás reformas y actas de nombramiento de obligatoria inscripción en la cámara del lugar del nuevo domicilio*

*Lo dispuesto en este artículo se aplicará también en los casos en que por alteraciones en la circunscripción territorial de las cámaras de comercio, el lugar del domicilio principal de una sociedad corresponda a la circunscripción de una cámara distinta.”*

**1.1.3.3 Capacidad jurídica.** Es precisamente el reconocimiento de este atributo, por parte del ordenamiento jurídico, a la persona jurídica de la sociedad, el que le permite el desarrollo de las actividades económicas que se propone como fin de la misma.

Por lo anterior es evidente que de no serle reconocida la capacidad jurídica al sujeto de derecho que implica la sociedad, sería imposible la realización de los fines que se proponen las personas que se reúnen para darle vida a la sociedad, es decir sería la sociedad un fenómeno jurídico derivado de un contrato plurilateral que no tendría sentido de existencia en el tráfico económico de la realidad social.

Nuestro ordenamiento jurídico, al igual que los demás ordenamientos jurídicos conocidos, edifica el reconocimiento e imputación de efectos jurídicos a las relaciones jurídicas que se puedan llegar a establecer entre los sujetos que interactúan en el mundo del derecho, a partir de la distinción de la capacidad de goce y de la capacidad de ejercicio.

La capacidad de goce es entendida como el atributo reconocido a todo sujeto de derecho, por el solo hecho de serlo, toda vez que ello implica la aptitud para ser titular de derechos y de obligaciones, permitiéndose así su interrelación jurídica con cualquier otro sujeto de derecho.

Por lo anterior como lo menciona el tratadista JOSÉ IGNACIO NARVÁEZ GARCÍA *“no se concibe una persona sin capacidad de goce, ni tampoco capacidad de goce sin una persona a quien atribuirla”*<sup>9</sup>.

Entre tanto la capacidad de ejercicio consiste en el reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico, el cual es la regla general en el derecho privado, de la aptitud, idoneidad e independencia de una persona para actuar en el mundo jurídico, estableciendo relaciones jurídicas con los demás sujetos de derecho sin la necesidad de la intervención de otro sujeto de derecho que la represente o de la autorización de autoridad alguna. La capacidad de ejercicio es conocida también como capacidad negocial<sup>10</sup>.

La anterior distinción se justifica a partir de la realidad imperante y ampliamente conocida de que existen seres humanos y por ende sujetos de derecho que no obstante ostentar tan alta dignidad ontológica, no cuentan con la autonomía o autodeterminación e idoneidad para actuar por si solas sin incurrir en altos riesgos de verse perjudicadas en el tráfico jurídico; esta clase de sujetos son denominados incapaces, los cuales legal, doctrinal y jurisprudencialmente se clasifican en incapaces relativos e incapaces absolutos<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> NARVÁEZ GARCÍA, Op. cit., p. 49

<sup>10</sup> VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, t. 1, parte general y personas. 4 ed. Bogotá : Editorial Temis, 1966. p. 495 – 498.

<sup>11</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, Op. cit., p. 89, 451.

La capacidad de goce en la sociedad comercial, al igual que en los demás sujetos de derecho es reconocida de entrada por el ordenamiento jurídico, al reconocer a la sociedad como una persona jurídica distinta de los sujetos de derecho que intervienen en su constitución.

La capacidad de ejercicio de la sociedad comercial se encuentra determinada por dos factores: el objeto social y las facultades estatutariamente otorgadas al órgano de representación legal. Esto no implica que la sociedad comercial ingrese al ámbito de ninguna de las incapacidades previstas en la ley.

En efecto los artículos 99 y 196 del Código de Comercio establecen lo siguiente:

*ART. 99. - “La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad.”*

*ART. 196.- La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad.*

*A falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad.*

*Las limitaciones o restricciones de las facultades anteriores que no consten expresamente en el contrato social inscrito en el registro mercantil no serán oponibles a terceros.*

De otra parte el numeral 4º del artículo 110 del Código de Comercio, al exigir la determinación del objeto social de la sociedad como elemento esencial del contrato que le da origen, dispone:

*ART. 110.— La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará:*

*(...)*

*4. El objeto social, esto es, la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales. Será ineficaz la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquél.*

De lo anterior se desprende, como bien lo señala la literatura jurídica existente en nuestro país, que en esta materia nuestro régimen mercantil ha adoptado la *teoría de la especialidad*, prevaleciente en las legislaciones latinas, la cual predica que la capacidad de la sociedad y por ende los actos de quienes la representan no pueden desbordar el ámbito empresarial determinado estatutariamente en el objeto de la sociedad y que de otro lado dicho objeto no puede consagrarse en forma ambigua, imprecisa o indeterminada.

Frente a esta posición teórico jurídica, debemos manifestar que si bien es cierto, como lo señala el profesor Francisco Reyes Villamizar<sup>12</sup>, la misma genera inseguridad jurídica para los terceros que celebran negocios jurídicos con el ente social, toda vez que representa la exigencia para estos de verificar que expresamente el objeto material del negocio jurídico se encuadre dentro de mencionado ámbito empresarial propuesto como objeto social, o que discrecionalmente se establezca si el mismo tiene relación directa con las actividades previstas en dicho ámbito empresarial, incertidumbre que por lo menos dura mientras que no transcurren los términos legales en los cuales la validez de los mismos podría ser discutida judicialmente; también lo es que de entrada sirve como un medio de protección para los derechos económicos de los socios o accionistas, los cuales bajo esta fórmula tienen seguridad sobre los actos en los cuales, encontrándose especializado el ente social, pueda obtener lucro con mayores probabilidades, limitándose de paso a los órganos de administración y representación para que no exploren o experimenten en sectores económicos en los cuales la voluntad de dichos socios o accionistas no se ha manifestado en pro de su explotación.

Somos partidarios de adoptar figuras jurídicas extranjeras como las expuestas por el profesor Reyes Villamizar, en virtud de las cuales, no existiendo la limitación de la capacidad del ente social, consistente en la circunscripción de esta a las actividades clara y expresamente plasmadas estatutariamente en el objeto social, los socios o accionistas conservarían la facultad de impedir o suspender los actos y contratos que los representantes legales de la sociedad pretendieran o llegaran a celebrar en perjuicio de los intereses y especialidad económica de la sociedad, o que causado dicho perjuicio, el ámbito de responsabilidad de los administradores sería tan amplio que directamente y por decisión del máximo órgano social se pudiese exigir su reparación.

---

<sup>12</sup> REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. Bogotá : Editorial Temis, 2004. Tomo 1 p. 208 – 209.

Entre tanto el legislador crea dichos instrumentos jurídicos que fundadamente permitan a los socios o accionistas impedir o suspender actos o contratos celebrados por los administradores por fuera de la especialidad empresarial fijada para la sociedad, o exigir directamente a los administradores las indemnizaciones correspondientes por los daños causados por los mismos, es claro que la capacidad de ejercicio de las sociedades comerciales, se encuentra determinada por el objeto social y las facultades del órgano de representación legal en los términos de las normas del estatuto mercantil antes descritas sin que dicha situación jurídica conlleve que la sociedad comercial, como sujeto de derecho, sea considerada como incapaz relativo y mucho menos como incapaz absoluto.

En consecuencia, en el estado actual de nuestra legislación, todo acto o negocio jurídico que el órgano de representación celebre por fuera del ámbito empresarial fijado por las actividades expresamente consagradas en el objeto social de la compañía o directamente relacionado con las mismas, se encuentra viciado de nulidad absoluta, de conformidad con los principios y normas del derecho privado.

**1.1.3.4 Patrimonio.** Recogiendo la afirmación del tratadista José Ignacio Narváez al abordar el análisis del anterior atributo, quedó claro que no se concibe sujeto de derecho sin capacidad de goce, ni capacidad de goce sin un sujeto de derecho a quien atribuírselo. En este sentido, derivada del contrato de sociedad, una persona jurídica plenamente reconocida por el ordenamiento jurídico, siguiendo la tradición del derecho romano, podemos afirmar que no existe sujeto de derecho sin patrimonio, ni patrimonio, cuyo titular no sea un sujeto de derecho.

El patrimonio en la ciencia jurídica es entendido como el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico de que es titular un sujeto de derecho.

En el caso de las sociedades comerciales el patrimonio de las mismas se conforma, al momento de su nacimiento por los aportes realizados por cada uno de los sujetos de derecho que intervienen en su constitución y los cuales le son transferidos en virtud del contrato de sociedad, no existiendo respecto de los mismos aportes ningún derecho por parte de los socios o accionistas, sino una mera expectativa de restitución con ocasión de la transformación de un derecho real en un derecho personal o de crédito de cada uno de los accionistas o socios frente a la sociedad.

El valor de los aportes realizados al momento de la creación de la sociedad constituyen su capital, cuenta que contablemente tiene preponderancia en el patrimonio de la sociedad.

El patrimonio de la sociedad en todo caso es distinto a su capital como quiera que éste segundo conforma una de la cuentas del primero y no son lo mismo, así

comúnmente el monto del capital social coincida con el monto del patrimonio al momento de la constitución de la sociedad, razón por la que es claro que capital y patrimonio corresponden a conceptos distintos, pues como quedó dicho, el capital social en la vida contable de la compañía es una de las cuentas de su patrimonio.

Como todo patrimonio, durante la vida jurídica de la sociedad comercial y en el desarrollo de las actividades económicas que se proponen con su creación, el mismo está sujeto a variar de acuerdo al éxito lucrativo de dichas actividades y a la cantidad y magnitud de las relaciones jurídicas que pueda llegar a establecer la persona jurídica de la sociedad con los socios o terceros.

Entre tanto el capital social, como una de las cuentas del patrimonio, y atendiendo a su naturaleza jurídica se caracteriza por su abstracción e invariabilidad respecto de los fenómenos económicos que modifiquen el patrimonio, conservándose su cuantía en atención al valor de los aportes realizados.<sup>13</sup>

La realización de nuevos aportes a la sociedad tiene como implicación directa el aumento de su capital social y por ende de su patrimonio.

En la sociedad comercial al igual como ocurre en los demás sujetos de derecho el patrimonio constituye prenda de garantía para los terceros acreedores de la misma, la cual puede ser perseguida para la satisfacción de sus acreencias.

Finalmente es conveniente llamar la atención, en que la relación proporcional entre el monto del capital social, como una de las cuentas del patrimonio y el valor total del mismo patrimonio, sirven como criterio para establecer la ocurrencia de una causal de disolución de la sociedad<sup>14</sup>.

**1.1.3.5 Nacionalidad.** Como bien lo define la literatura jurídica colombiana existente en materia de sociedades, al abordar el análisis de este atributo de la personalidad jurídica de la sociedad, la nacionalidad es el vínculo jurídico que une la persona jurídica de la sociedad con el Estado<sup>15</sup>.

En este sentido la nacionalidad de una sociedad comercial determina, más que los derechos políticos de que sería titular una persona natural o física, el régimen jurídico que le es aplicable en su funcionamiento, en las relaciones que establezca con terceros como sujeto de derecho y la forma en que se verifica la extinción de su personalidad jurídica.

---

<sup>13</sup> Ibid; p. 263.

<sup>14</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 de 1971, “Código de Comercio Colombiano”, artículo 370 y 457 numeral 2.

<sup>15</sup> NARVÁEZ GARCÍA, Op. cit., p. 53 y REYES VILLAMIZAR, Op. cit., p. 211.

Es claro que el régimen jurídico de los distintos Estados no da el mismo trato jurídico al funcionamiento de las sociedades comerciales que en ellos se constituyen y que de otro lado en varios ordenamientos jurídicos son marcadas las preferencias de las sociedades nacionales sobre las sociedades extranjeras.

Es precisamente objeto del presente trabajo de grado abordar el análisis descriptivo del régimen jurídico aplicable a las sociedades comerciales colombianas, dentro del que se enmarca la participación y la protección de los socios u accionistas que se encuentran, en atención a su injerencia en la toma de decisiones de los diferentes órganos sociales, en condiciones de minoría.

Lo anterior evidencia la importancia del atributo de la nacionalidad, no obstante que al presente trabajo de grado no le asiste pretensión investigativa en materia de derecho comparado.

Finalmente es conveniente expresar que nuestro estatuto mercantil no define a las sociedades nacionales, sino que dicho concepto se infiere de los criterios utilizados para establecer si una sociedad comercial es extranjera o no.

En este sentido la doctrina tajantemente señala que nuestro Código de Comercio adoptó como criterio para establecer la condición extranjera de una sociedad comercial, el del lugar de constitución y el del lugar de su domicilio principal.

En efecto el artículo 469 del Código de Comercio establece lo siguiente:

*ART. 469. - Son extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior.*

En síntesis y de conformidad con la ley 33 de 1992<sup>16</sup>, la nacionalidad como atributo de la persona jurídica de la sociedad comercial, determina la legislación aplicable que regirá su funcionamiento una vez constituida bajo el imperio de la misma y genera como contraprestación para ella el reconocimiento de la capacidad jurídica, tanto de goce como de ejercicio, para desarrollar las actividades económicas que se proponen bajo la tutela del Estado al cual se circunscribe dicha nacionalidad.

---

<sup>16</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 33 de 1992. "Por medio de la cual se aprueba el Tratado de Derecho Civil Internacional y el Tratado de Derecho Comercial Internacional, firmados en Montevideo el 12 de febrero de 1989.", artículo 4º. (Diario Oficial ; 40705, 31, diciembre, 1992, p. 3).

**1.1.4 Órganos Sociales.** A partir de la evolución teórica del concepto de persona jurídica, directamente relacionada con el concepto de sociedad comercial, y luego al abordar el análisis de la capacidad de goce y de ejercicio reconocida como preponderante atributo de la personalidad jurídica de la sociedad comercial, quedó evidenciada la indispensable articulación de los entes que integran la organización interna de la sociedad para la consecución de sus fines, exteriorizando al mundo del derecho los actos que por sí sola como sujeto de derecho no le serían posibles sin los mismos.

Es claro que, la capacidad de goce tanto como la capacidad de ejercicio, reconocidas por el ordenamiento jurídico a la sociedad comercial, sólo surten los efectos jurídicos previstos y queridos por nuestra legislación a través de la articulación de los mencionados entes de creación legal y supletivamente estatutaria, denominados órganos sociales.

Estos órganos sociales son integrados, para no incurrir en la indefinida articulación de entes compuestos por órganos constituidos por órganos de otros órganos, obviamente por personas naturales, o por personas jurídicas cuyos representantes legales ejercen las funciones que de ordinario cumpliría la persona natural integrante de cada uno de los órganos.

El concepto de órgano social dentro de la estructura interna de la sociedad que esencialmente permite la formación, manifestación y ejecución de su voluntad, es el resultado de la evolución de la teoría de la representación de la sociedad comercial edificada sobre la concepción de la celebración de un contrato de mandato entre la persona jurídica de la sociedad y sus representantes legales.

En efecto, luego de que tradicionalmente se considerara a la sociedad comercial como físicamente incapaz para por sí misma desarrollar su objeto, la teoría organicista planteó que la formación, manifestación y ejecución de la voluntad de la sociedad no provenía de contrato de mandato alguno sino que era inherente a la estructura de la persona jurídica generada por el contrato de sociedad.

Es decir que simultáneamente con el reconocimiento de la personería jurídica de la sociedad, el ordenamiento jurídico también reconoce la existencia de una estructura interna dentro de dicha persona que permite su expresión en el tráfico económico y jurídico.

En este sentido cada uno de los órganos de dicha estructura social cumple las funciones que especialmente le asigna la ley y supletivamente el contrato social, es decir los estatutos sociales.

No obstante tener asignado cada uno de los órganos sociales funciones específicas y armónicas con los demás, los mismos forman un todo inescindible

con la persona jurídica de la sociedad, siendo imputable los actos de éstos a la misma persona jurídica.

De conformidad con la teoría organicista, el origen de cada uno de los órganos sociales que integran la estructura de la sociedad comercial radica en la legislación que en materia societaria se encuentra vigente dentro de cada Estado, toda vez que la misma así como reconoce la personería jurídica de la sociedad al regular su constitución, funcionamiento y extinción, expresa o tácitamente indica las competencias y forma en que se ejerce por parte de cada órgano durante cada una de dichas etapas.

La literatura jurídica <sup>17</sup> ha clasificado a los órganos de la sociedad en: a) órgano de deliberación y decisión u órgano de dirección, b) órgano orientador de la administración u órgano de administración, c) órgano de ejecución u órgano de representación y d) órgano de fiscalización.

De los órganos antes mencionados, nuestro estatuto mercantil claramente distingue la concurrencia obligatoria en todos los tipos sociales de los órganos de deliberación y decisión u órgano de dirección, el órgano de ejecución u órgano de representación y órgano de fiscalización.

El órgano de fiscalización aparece como obligatorio para las sociedades cuyo capital se divide en acciones, esto es en las acciones anónimas y en comandita por acciones; y adicionalmente el parágrafo segundo del artículo 13 de la ley 43 de 1990 expresamente señala los montos en los activos o de los ingresos a partir de los cuales las sociedades comerciales sin importar el tipo a cual pertenezcan, deban contar con el mismo.

En cuanto al órgano de administración, solo aparece como obligatorio en las sociedades anónimas de conformidad con el artículo 434 y siguientes del Código de Comercio.

Por lo anterior el órgano de fiscalización es voluntario en las sociedades de personas, cuyo capital está dividido en partes de interés o cuotas sociales, y en las que no alcanzan los montos de activos e ingresos a que se refiere la ley 43 de 1990; el mismo carácter voluntario asiste a la implementación del órgano de administración en todos los tipos sociales diferentes a la sociedad anónima.

La adopción o no de los mencionados órganos sociales que no ostentan la calidad de obligatorios de conformidad con la ley, queda a la discreción del máximo órgano social, es decir al órgano de deliberación y decisión u órgano de dirección,

---

<sup>17</sup> NARVÁEZ GARCÍA, Op. cit., p. 281, 285 – 296.

trátase de asamblea general de accionistas o junta de socios, dependiendo del tipo social, mediante su inclusión en los estatutos sociales.

En este orden de ideas es claro que la inclusión del órgano de fiscalización privada en las sociedades comerciales en que no es una exigencia legal, es decir la creación del cargo del Revisor Fiscal dentro de la estructura de la sociedad por libre decisión de sus asociados y no por cumplimiento de norma imperativa, constituye una garantía para las minorías, más aún cuando la designación se efectúa en los términos del numeral 3º del artículo 203 del Código de Comercio, siendo claro que las funciones a ejercer por el Revisor Fiscal designado potestativamente en una sociedad se encuentran enmarcadas en las disposiciones estatutarias.<sup>18</sup>

Los órganos sociales, como ha quedado explicado, tienen gran importancia en el desarrollo de las actividades económicas contempladas en el objeto social de cada sociedad comercial. Dicha importancia radica en la interacción de los mismos con los accionistas o socios individualmente considerados y con todos aquellos sujetos de derecho con los cuales la sociedad comercial establece vínculos jurídicos.

La mencionada interacción se circunscribe a las funciones asignadas legal y estatutariamente a cada uno de los órganos sociales.

## **1.2 DERECHOS INDIVIDUALES DE LOS SOCIOS FRENTE A LA SOCIEDAD**

Los sujetos de derecho que intervienen en la constitución de la sociedad comercial mediante la realización de un aporte en dinero, en bienes o en especie, o que en el curso de la vida de la sociedad comercial adquieren la titularidad sobre las cuotas o acciones entregadas por la misma con ocasión de dichos aportes al capital, ostentan la calidad de socio o accionista, genéricamente conocido por la literatura jurídica como el *status socii*.

Dicha calidad o status jurídico de los mencionados sujetos de derecho frente a la sociedad le confieren especiales facultades o derechos subjetivos, unos de contenido patrimonial, conocidos como derechos económicos, y otros que en estricto sentido no lo son, pero que le permiten la efectividad de los primeros, conocidos como derechos políticos.

En este sentido, en el presente capítulo abordaremos el análisis del contenido esencial de cada una de las especies de las dos mencionadas clases de derechos

---

<sup>18</sup> NARVÁEZ GARCÍA, Op. cit., p. 405.

con el fin de precisar su alcance de conformidad con la regulación legal y estatutaria que de acuerdo con nuestro régimen mercantil, les es válidamente aplicable, tratando en primer lugar los derechos políticos y en segundo lugar los derechos económicos de los socios o accionistas.

**1.2.1 Derechos Políticos.** Como lo anunciábamos, los derechos políticos del socio o accionista son aquellos que le permiten interactuar con la persona jurídica de la sociedad para la efectividad de su interés económico en la misma, anteriormente analizado como la esencia del *animus societatis*.

Esta clase de derechos son intangibles e inviolables, y por regla general, irrenunciables en forma anticipada y abstracta en disposición estatutaria alguna, puesto que sólo una vez concretados en cabeza del socio o accionista se puede hablar de renuncia expresa o tácita por su no ejercicio.<sup>1</sup>

Dentro de esta clase de derechos encontramos el derecho al voto en las reuniones del máximo órgano social, cual es el órgano de deliberación y decisión u órgano de dirección; el derecho a elegir y ser elegido para la integración de los demás órganos sociales, el derecho de inspección y el derecho de retiro.

**1.2.1.1 Derecho a voto.** A través de este esencial derecho dentro de la organización jurídica económica de la sociedad comercial, le es posible al socio o accionista participar en el gobierno o dirección de las actividades de la misma, mediante la manifestación de su voluntad sobre los asuntos de mayor relevancia en la vida del ente social, discutidos en las reuniones del máximo órgano social, asamblea general de accionistas o junta general de socios, tales como el examen y aprobación de los estados financieros e informes de los administradores, decreto y distribución de utilidades al final de cada ejercicio, elección de los integrantes de los órganos de administración, representación y fiscalización.

Es conveniente aclarar que la elección del o los integrantes del órgano de representación, a través del cual se exterioriza la voluntad de la persona jurídica de la sociedad frente a terceros, ocurre en el seno del máximo órgano social u órgano de dirección, en forma directa o indirecta, dependiendo de la delegación de esta facultad en el eventual y no siempre obligatorio órgano de administración.

Hasta lo ahora expuesto en este acápite, es evidente la relevancia e importancia del derecho de voto dentro de los derechos políticos, como vehículo de participación dentro de la sociedad comercial en beneficio de los derechos patrimoniales que le asisten al socio o accionista, pues con el ejercicio de esta

---

<sup>1</sup> Ibid., p. 185.

facultad se protegen y promocionan los intereses económicos de que se es titular dentro de la empresa societaria.

De otro lado, atendiendo la naturaleza de este derecho y siguiendo la conceptualización del derecho a voto en el derecho público,<sup>2</sup> el tratadista José Ignacio Narváez le otorga al derecho de voto del socio o accionista dentro de la sociedad comercial el doble carácter de derecho – deber.<sup>3</sup>

No obstante, el derecho a participar en las reuniones del máximo órgano social, escenario en el que se ejerce el derecho al voto, consiste en la facultad de asistir a las mismas o no hacerlo, compartimos la posición del citado autor como quiera que la trascendencia del derecho a voto como medio de participación en la sociedad comercial, exige la asistencia o intervención del socio o accionista -por si mismo o a través de un representante- en las reuniones del máximo órgano social, siendo ésta más que necesaria, no solamente con el fin de ejercer seguimiento y control sobre las actuaciones de los administradores y las cuentas que éstos rindan en protección de sus derechos patrimoniales, sino como actividad mínima de apoyo a las actividades económicas desarrolladas por la sociedad comercial, de las cuales, por obvias razones, se espera siempre la generación de riqueza para la misma sociedad y por ende para quienes la integran en condición de socios o accionistas.

Es claro que en las sociedades comerciales las decisiones que le competen al máximo órgano social sobre las materias de mayor relevancia para su existencia y funcionamiento, descritas en forma general en el artículo 187 del Código de Comercio, son adoptadas con la mayoría de votos que a favor emitan los socios o accionistas presentes o intervinientes en la reunión de conformidad con los estatutos de cada sociedad comercial, en los cuales debe aparecer expresamente el número y calidad de asistentes mínimo requerido en cada reunión para que dicho órgano decida válidamente.

A su vez cada socio o accionista cuenta con la capacidad decisoria que le otorga la ley y los estatutos en armonía con ella, en la mayoría de los casos atendiendo al a las partes de interés, número de cuotas sociales o acciones de que es titular cada socio o accionista dentro de la sociedad y en otros casos atendiendo a la especial condición de cada socio dentro de la organización del ente social.

Lo anterior significa que las decisiones que le corresponden adoptar al máximo órgano social, a cuyas deliberaciones tienen derecho a concurrir todos los socios o accionistas, no siempre se adoptan por la mayoría de individuos o sujetos de

---

<sup>2</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL. Constitución Política. Artículo 258. Bogotá, 1991 (Gaceta Constitucional ; no. 116 y no.127).

<sup>3</sup> NARVÁEZ GARCÍA, Op. cit., p. 186.

derecho que integran la sociedad comercial, sino que en mas de las veces dichas mayorías atienden o se conforman con el voto de quienes ostentan una mayor participación en el capital de la sociedad en virtud de sus aportes.

Es decir, es posible que en una sociedad en la que el número total de socios o accionistas es igual a siete, las decisiones sean adoptadas con el voto favorable de un numero de socios o accionistas inferior a cuatro, cuando quienes voten favorablemente sean titulares de cuotas o acciones que representen la mitad mas uno de las cuotas o acciones en que se divide el capital social.

De este fenómeno se desprende el concepto de socio minoritario que más adelante, en la parte especial de este trabajo de grado, examinaremos.

Es necesario aclarar que de conformidad con la ley y disposiciones estatutarias pactadas entre los socios o accionistas, es posible que respecto de algunas decisiones trascendentales para la sociedad sea necesaria para su adopción una mayoría especial superior a la mitad más uno de los votos.

El número mínimo de asistentes a cada reunión para que las deliberaciones y decisiones con fundamento en dichas discusiones adoptadas sean válidas, conocido como quórum deliberatorio y las mayorías decisorias aplicables a cada tipo social, como en las extraordinarias mayorías establecidas en la ley requeridas para la adopción de determinadas decisiones, serán objeto de análisis en la parte especial de la presente obra, al abordar la condición de los socios minoritarios.

**1.2.1.2 Derecho a elegir y ser elegido.** Dentro del catálogo de asuntos relevantes en la vida del ente social que le compete resolver al máximo órgano social, aparece en el numeral 4º del artículo 187 del Código de Comercio la de *“hacer las elecciones que corresponda según los estatutos o las leyes, fijar las asignaciones de las personas así elegidas y removerlas libremente”*.

En este sentido aparece claro que siendo derecho de todo socio o accionista asistir a las reuniones del máximo órgano social para participar en sus deliberaciones y expresar su voluntad respecto de los asuntos tratados, mediante la emisión de su voto a favor o en contra de las propuestas que se le presenten en relación con dichos asuntos discutidos, se desprende del ejercicio del derecho de voto, la elección de los integrantes de los demás órganos que componen la estructura de la persona jurídica de la sociedad.

Al abordar el análisis de las diferentes clases de órganos que componen dicha estructura, dejamos expresado que aparte del máximo órgano social, denominado de dirección o de deliberación, al que concurren todo socio o accionista, existen los órganos de administración, representación y fiscalización.

En este orden de ideas el contenido inicial del derecho político de todo socio o accionista a elegir se circunscribe a la facultad de escoger con su voto aquella persona natural o jurídica que de conformidad con sus aspiraciones y proyecciones para el ente social, reúna los requisitos de idoneidad garantes del cumplimiento de los fines de la Compañía.

Así pues, cada socio o accionista cuenta con la facultad de emitir su voto en la correspondiente reunión del máximo órgano de la sociedad, para la provisión de cargos dentro de los órganos sociales unitarios o plurales que establezcan los estatutos en concordancia con la ley, tales como miembros principales y suplentes de junta directiva, representantes legales y sus suplentes, Revisor Fiscal y su suplente, y demás cargos de elección por parte de la junta general de socios o asamblea general de accionistas que prevean los estatutos sociales y que no contraríen las funciones que por ley le son asignadas a los órganos antes mencionados.

De conformidad con las prescripciones legales<sup>4</sup>, la elección de los integrantes de los órganos sociales antes referidos, que le compete al máximo órgano social debe verificarse en consideración a las mayorías previstas en los estatutos sociales en armonía con la ley, bajo las siguientes reglas:

a) En el caso de elección de cargos unitarios dentro de los respectivos órganos que estatutariamente tengan esta característica, la designación debe efectuarse con no menos de la mitad mas uno de los votos que pueden emitirse válidamente en la reunión, luego de verificado el quórum deliberatorio o número mínimo de asistencia de socios, accionistas o sus representantes.

b) En la designación de integrantes de órganos sociales de composición plural es imperativa la aplicación del sistema de elección denominado cuociente electoral, salvo que se trate de suplir una vacante de dicho cuerpo colegiado por decisión unánime de los socios o accionistas de la respectiva sociedad comercial.

En relación con el sistema del cuociente electoral, mecanismo a todas luces establecido por el legislador en beneficio de la participación de los socios o grupos de socios minoritarios en el gobierno de las sociedades comerciales, dedicaremos especial atención en la parte especial de la presente obra.

---

<sup>4</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 de 1971, “Código de Comercio Colombiano”, artículos 197-199.

De otro lado, la elección surtida por el máximo órgano social de los integrantes de los diferentes órganos sociales responde a dos características: la temporalidad y la revocabilidad.

La temporalidad hace referencia al período pactado en los estatutos sociales para cada uno de los cargos, lo que significa que la persona designada cuenta con un término claro, expreso y determinado para el cumplimiento de su gestión, sin perjuicio de los efectos generados frente a terceros por la inscripción de su nombre en el registro mercantil.

La revocabilidad entraña la garantía que el ordenamiento jurídico otorga a los socios o accionistas para remover del cargo a la persona elegida en cualquier momento sin exigencias mayores a aquellas cumplidas para su designación por cualquier causa que en la voluntad de dicho órgano se establezca, claro está, incluida dentro de las mismas la decepcionante gestión o la irregularidad en el cumplimiento de las funciones de la persona elegida.

A contrario *sensu*, dentro del régimen legal de las sociedades en Colombia es permitida la reelección inmediata e indefinida de los sujetos designados por el máximo órgano social para integrar los demás órganos sociales, y mas aún, la presume<sup>5</sup> entre tanto no se realicen nuevas elecciones para dichos cargos.

Entendemos que la permisión de la figura de la reelección inmediata e indefinida atiende a criterios de conveniencia en la continuidad en los cargos de aquellas personas que se desempeñan exitosamente, como fórmula para el logro de los fines de la sociedad y que la presunción de la reelección entre tanto figuren los nombramientos en el registro mercantil brinda seguridad jurídica a los terceros que celebren actos o contratos con la persona jurídica de la sociedad.

La segunda arista del derecho político cuyo análisis nos ocupa consiste en la posibilidad que un socio o accionista tiene para postularse y resultar elegido para los cargos antes referidos, integrando los órganos sociales existentes dentro de la estructura del ente jurídico societario.

En este sentido, salvo para integrar el órgano de fiscalización privada, es decir para ser elegido Revisor Fiscal<sup>6</sup>, por regla general todo socio o accionista por si mismo tiene derecho para conformar los demás órganos de la sociedad.

En efecto, salvo disposición estatutaria que extraordinariamente disponga lo contrario, los socios o accionistas son los primeros llamados a hacerse parte en el gobierno de la sociedad comercial, sin perjuicio de que terceros sin ostentar dicha

---

<sup>5</sup> Ibid., artículo. 164.

<sup>6</sup> Ibid., artículo. 205 numeral 11.

calidad por sus calidades personales y profesionales sean invitados por el órgano competente para su elección a formar parte de la administración de la sociedad.

No sobra recordar que, en todo caso, la designación de un socio o accionista, o en su defecto, de un tercero, para integrar los respectivos órganos de administración, obedece a las mayorías establecidas en los estatutos sociales en armonía con la ley, anteriormente referidas.

Adicionalmente, la experiencia nos demuestra que ordinariamente las estipulaciones estatutarias tienden a buscar que quienes formen parte de los órganos sociales sean en primera medida los socios o accionistas, exigiéndose en varias ocasiones dicha calidad para ser miembro del órgano de administración -disposición común en el caso de las juntas directivas – o del órgano de representación, cuando quien la ejerce asume responsabilidades ilimitadas, como sucede en las sociedades de personas –sociedades colectivas o comanditarias-.

**1.2.1.3 Derecho de inspección.** La participación de los socios o accionistas en las reuniones del máximo órgano social para expresar su voto como medio determinante en la dirección y administración de la sociedad comercial, no podría ejercerse en la forma debida si el consentimiento así expresado no estuviere precedido por el conocimiento de la situación administrativa, económica, contable y jurídica del ente social.

Lógicamente el pronunciamiento del socio o accionista respecto de los asuntos trascendentales en la vida de la sociedad comercial que conoce a través de las deliberaciones de la junta de socios o asamblea general de accionistas, órgano competente para decidir sobre los mismos, sería inocuo e ineficaz, si dicho acto no se encuentra precedido por la mínima información respecto de los mismos que permitan participar en dichas deliberaciones y adoptar prudentemente una posición respecto de las propuestas presentadas por la administración o derivadas de la iniciativa de los demás socios o accionistas.

Igual situación se presentaría respecto de la evaluación de la gestión de quienes han ejercido el gobierno de la sociedad, del control de dicha gestión y de la determinación de la viabilidad o no de las inversiones realizadas y la continuidad de las mismas.

En este sentido el derecho de inspección se circunscribe a la facultad de examinar los libros y papeles de la sociedad con el fin de enterarse de la situación de la sociedad, y de la forma en que esta se gobierna<sup>7</sup>, abarcando la facultad de exigir

---

<sup>7</sup> NARVÁEZ GARCÍA, Op. cit., p. 382.

información acerca de las actividades de la compañía, dentro de los límites fijados por el legislador en protección de los intereses de la misma sociedad.<sup>8</sup>

Respecto al derecho de inspección, con fundamento en el régimen legal vigente de las sociedades comerciales en Colombia, para distinguir su núcleo esencial es necesario surtir el análisis de dos criterios que concurren en su ejercicio, a saber:

- a) La oportunidad en que dicho derecho es posible ejercerlo dependiendo del tipo social del que haga parte el socio o accionista, y
- b) La información de la sociedad comercial a la que tiene acceso el socio o accionista en virtud del derecho de inspección.

El primer criterio corresponde al ejercicio en el tiempo de las facultades derivadas del derecho de inspección, al final o dentro de cada período contable o económico de la sociedad comercial, en que le es posible al socio o accionista llevar a cabo la revisión o examen de la información no objeto de reserva de conformidad con las normas vigentes, que como lo evidenciaremos en la parte especial del presente trabajo, es de carácter permanente en las sociedades de personas – colectiva, comanditarias<sup>9</sup> – y en las sociedades de responsabilidad limitada<sup>10</sup>, mientras que en las sociedades anónimas se encuentra restringido a un período determinado en relación con la época de convocatoria a la asamblea general de accionistas<sup>11</sup>.

Es conveniente poner de presente que en todos los tipos sociales, con el fin de permitir que el socio o accionista se entere de la situación económica de la sociedad antes de su concurrencia a la reunión del máximo órgano social, en las que se tenga por objeto aprobar cuentas de los administradores o estados financieros, la convocatoria debe surtirse siempre con al menos quince días hábiles de antelación a la fecha de la reunión<sup>12</sup>.

El segundo criterio atañe al objeto material sobre el que versa el ejercicio de la facultad de revisión o examen concedido por el ordenamiento jurídico a través del reconocimiento del derecho de inspección.

---

<sup>8</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 222 de 1995. “Por la cual se modifica el libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones”, artículo 48, inciso primero.

<sup>9</sup> Código de Comercio, Op. cit., artículos 314, 328

<sup>10</sup> Ibid, artículo 369.

<sup>11</sup> Ibid, artículo 447.

<sup>12</sup> Ibid, artículo 424, inciso 2.

Sobre el particular es conveniente considerar los términos de la última norma de rango legal expedida sobre la materia, cual es el artículo 48 de la Ley 222 de 1995, que dispone:

*ART. 48. — Derecho de inspección. Los socios podrán ejercer el derecho de inspección sobre los libros y papeles de la sociedad, en los términos establecidos en la ley, en las oficinas de la administración que funcionen en el domicilio principal de la sociedad. En ningún caso, este derecho se extenderá a los documentos que versen sobre secretos industriales o cuando se trate de datos que de ser divulgados, puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad.*

De la norma transcrita se evidencia que existe expresa limitante al derecho de inspección para revisar o examinar información de la sociedad comercial que verse sobre sus secretos industriales u otra información confidencial concerniente a los derecho patrimoniales no reales ni personales sino pertenecientes a aquella clase de derechos económicos conocidos como inmateriales de gran relevancia para la vida patrimonial de la sociedad (*know how*).

Adicionalmente, desde ahora es conveniente tener presente que de conformidad con el artículo 446 del Código de Comercio, norma aplicable en principio a las sociedades anónimas, pero de acuerdo a las normas de remisión entre los títulos del libro segundo del Código de Comercio “*De las sociedades comerciales*”, indirectamente aplicable a los demás tipos societarios, desafortunadamente en forma abstracta señala que las facultades de revisión y examen de la información concedidas por el derecho de inspección se enmarcan dentro del catálogo contenido en el artículo 446 del estatuto mercantil y en los libros oficiales y comprobantes que de conformidad con las normas contables<sup>19</sup> debe llevar la sociedad.

En efecto, el artículo 446 establece la siguiente relación de información que debe ser puesta a consideración del máximo órgano social:

*ART. 446. —La junta directiva y el representante legal presentarán a la asamblea, para su aprobación o improbación, el balance de cada ejercicio, acompañado de los siguientes documentos:*

*1. El detalle completo de la cuenta de pérdidas y ganancias del*

---

<sup>19</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2649 de 1993, “Por la cual se reglamenta la contabilidad en general y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia”.

*correspondiente ejercicio social, con especificación de las apropiaciones hechas por concepto de depreciación de activos fijos y de amortización de intangibles.*

*2. Un proyecto de distribución de utilidades repartibles, con la deducción de la suma calculada para el pago del impuesto sobre la renta y sus complementarios por el correspondiente ejercicio gravable.*

*3. El informe de la junta directiva sobre la situación económica y financiera de la sociedad que contendrá además de los datos contables y estadísticos pertinentes, los que a continuación se enumeran:*

*a) Detalle de los egresos por concepto de salarios, honorarios, viáticos, gastos de representación, bonificaciones, prestaciones en dinero y en especie, erogaciones por concepto de transporte y cualquiera otra clase de remuneraciones que hubiere percibido cada uno de los directivos de la sociedad;*

*b) Las erogaciones por los mismos conceptos indicados en el literal anterior, que se hubieren hecho en favor de asesores o gestores, vinculados o no a la sociedad mediante contrato de trabajo, cuando la principal función que realicen consista en tramitar asuntos ante entidades públicas o privadas, o aconsejar o preparar estudios para adelantar tales tramitaciones;*

*c) Las transferencias de dinero y demás bienes, a título gratuito o a cualquier otro que pueda asimilarse a éste, efectuadas en favor de personas naturales o jurídicas;*

*d) Los gastos de propaganda y de relaciones públicas, discriminados unos y otros;*

*e) Los dineros u otros bienes que la sociedad posea en el exterior y las obligaciones en moneda extranjera, y*

*f) Las inversiones discriminadas de la compañía en otras sociedades, nacionales o extranjeras.*

*4. Un informe escrito del representante legal sobre la forma como hubiere llevado a cabo su gestión, y las medidas cuya adopción recomiende a la asamblea.*

## 5. El informe escrito del Revisor Fiscal.

Afirmamos la condición desafortunada en la que es posible ejercer el derecho de inspección debido a que si bien es cierto entendemos que con dicha restricción se busca evitar que se causen traumas al desarrollo ordinario de las actividades sociales mediante el engorroso trámite de preguntas y respuestas entre los socios o accionistas y la administración sobre materias inverosímiles para la sociedad y los derechos patrimoniales de quienes a ella pertenecen, también lo es que no siempre toda la información relevante de la sociedad se concreta en los estados financieros y sus anexos.

En este sentido el tratadista José Ignacio Narváez García sostiene que en nuestro régimen jurídico de las sociedades comerciales, el derecho de inspección es un derecho consagrado en forma incompleta *“porque casi siempre se circunscribe al examen de los estados financieros y sus anexos”* y además porque *“los administradores imponen criterios restrictivos por el temor de que los competidores o inversionistas deseados de adquirir el control accionario, se valgan de testafierros para conocer secretos industriales o comerciales de la sociedad”<sup>20</sup>*

Sin embargo, el análisis que hacemos sobre las restricciones del derecho de inspección versan sobre el núcleo esencial de este derecho pues dentro de la organización ideal de una sociedad comercial, y en la puesta en marcha de principios de buen gobierno, el ámbito de discrecionalidad de los administradores para brindar o no a los socios o accionistas la información de la sociedad, distinta a los estados financieros y sus anexos, debe encontrarse debidamente reglamentado en los estatutos sociales, de tal forma que se creen las condiciones de equilibrio entre que el socio conozca a plenitud la situación administrativa, contable, económica y jurídica de la sociedad en las oportunidades previstas en la ley y el extremo que la demanda de información se convierta en una coadministración y obstrucción a la gestión de quienes ejercen el gobierno de la sociedad desde los órganos sociales respectivos.

Este punto de equilibrio, necesario y recomendable para el ejercicio armónico de las relaciones entre los socios o accionistas y los administradores de una sociedad comercial, constituye garantía para la participación y protección de los socios minoritarios, razón por la que insistimos en la necesidad y bondades del mismo como contribución de la investigación que adelantamos al idóneo ejercicio del derecho de inspección en cada uno de los diferentes tipos de sociedades comerciales.

De otro lado debemos precisar que el derecho de inspección en cabeza de cada socio o accionista, atendiendo a las especiales calidades profesionales a que cada

---

<sup>20</sup> NARVÁEZ GARCÍA, Op. cit., p. 382.

uno de ellos aspire a acudir para conocer con mayor precisión los asuntos que le interesan, puede ser ejercido por el mismo socio o accionista o por un representante designado para el efecto mediante mandato especial de naturaleza extrajudicial.

Esta posibilidad que facilita y aumenta la efectividad del derecho de inspección se encuentra consagrada en los artículos del Código de Comercio que establecen este derecho en cada tipo social, es decir en los artículos 314 (sociedad colectiva), 328 (sociedades en comandita), y 369 (sociedad de responsabilidad limitada); extrañamente en el artículo 447 *ibídem* que contempla el derecho de inspección en la sociedad anónima no aparece expresamente la posibilidad de otorgar mandato para la representación, pero no existe fundamento para desconocerla, más aún cuando el término o el tiempo para ejercer este derecho en este tipo social es más reducido que en las demás clases de sociedades.

Sobre el particular encontramos que tal posibilidad de representación si bien no aparece en la norma que consagra el derecho de inspección en las sociedades anónimas, dentro del título VI del Estatuto Mercantil que contiene las normas aplicables a este tipo social, en el inciso 3º del artículo 422, norma referente a la periodicidad y finalidad de las reuniones ordinarias de la Asamblea General de Accionistas, se señalada la posibilidad que el accionista sea representado en el ejercicio del derecho de inspección.<sup>21</sup>

Finalmente en lo que se refiere a las condiciones de lugar en las que es posible ejercer el derecho de inspección, es claro que este corresponde a la sede u oficinas de la sociedad comercial ubicadas dentro del domicilio principal<sup>22</sup>, no obstante lo cual es posible que la administración de la sociedad decida adicionalmente atender las solicitudes de información en las oficinas o sedes situadas en los domicilios secundarios de la sociedad.

**1.2.1.4 Derecho de retiro.** Este último de los derechos políticos, cuyo análisis abordamos, en virtud del cual el socio o accionista ausente o disidente en reforma estatutaria trascendental se encuentra facultado para separarse de la sociedad y obtener el reembolso anticipado de su aporte, actualmente cuenta con regulación legal propia de carácter imperativo y por ende sin posibilidad de modificación alguna mediante disposiciones estatutarias con ocasión de la expedición de la Ley 222 de 1995, sin perjuicio que finalmente concretado el derecho en cabeza de un socio o accionista este renuncie al mismo.

---

<sup>21</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio No. 220 - 046367 de fecha 24 de agosto de 2005.

<sup>22</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio OA-02617 de fecha 5 de marzo de 1981.

En efecto, en el capítulo tercero del título primero de la citada ley, denominado “*Régimen de sociedades*”, y exactamente a partir del artículo 12 hasta el artículo 17, se encuentra consagrado este derecho, la forma y oportunidad para su ejercicio, y los efectos económicos de su aplicación a favor del socio o accionista que decide separarse o incurrir en un receso de su participación en la sociedad comercial correspondiente.

Partiendo del concepto del ánimo societario que anteriormente fue explicado y en virtud del valioso derecho fundamental y principio de libertad, es entendible que, en el momento en que las condiciones inicialmente pactadas para el funcionamiento de la sociedad comercial cambien en forma sustancial, al socio o accionista que no comparte los trascendentales cambios le asista el derecho de retirarse, o de dejar de hacer parte del ente societario, anticipada y extraordinariamente, sin perjuicio de los derechos económicos que representa su condición de socio o accionista.

Evidentemente este derecho es un medio alternativo para los socios o grupos de socios minoritarios, a quienes de no hacer uso del mismo se les impondría, sin más, la ley adoptada por las mayorías en contra de sus aspiraciones en punto de asuntos trascendentales para la vida de la sociedad comercial, controlándose así los efectos nocivos que pudiere generar el abuso del poder de dichas mayorías.

Luego, también es claro que la efectividad en el ejercicio de este derecho depende de la previsión normativa y la intervención de la autoridad administrativa de inspección, vigilancia y control, en aras de evitar que con fundamento en la existencia del derecho de retiro, se presione a las minorías mediante un cambio abrupto en el modelo del ente social adoptado al momento de su constitución, para que enajenen sus cuotas o acciones a precios que no consulten los principios de justicia ante coyunturas de la vida económica de la sociedad comercial.

En este sentido, dentro del marco legal enunciado, el legislador consagró y protegió el ejercicio de éste derecho, circunscribiéndolo a trascendentales cambios en la estructura y funcionamiento de la sociedad que generen un mayor grado de responsabilidad para los asociados o que afecten desfavorablemente los derechos económicos de los mismos, señalándose así expresa y taxativamente supuestos de hecho generadores de las causales para que el socio o accionista lo oponga frente a la sociedad, causales limitadas y determinadas que atienden evidentemente a la conservación de la actividad empresarial bajo esta forma asociativa, y sin que, a nuestro criterio, lleguen a impedir su interpretación y concreción por los propios destinatarios de la Ley en los estatutos sociales, obviamente sin pactar en contravía de éstas disposiciones imperativas y de su finalidad primordial cual es la protección máxima a la unidad y continuidad de la empresa.

El citado campo restringido, determinado y conceptualizado así en los debates de la iniciativa legislativa que se convirtió en la Ley 222 de 1995<sup>23</sup>, en que opera el derecho de retiro, se encuentra establecido en el régimen legal de las sociedades comerciales en Colombia, en los siguientes términos:

*ART. 12.—Ejercicio del derecho de retiro. Cuando la transformación, fusión o escisión impongan a los socios una mayor responsabilidad o impliquen una desmejora de sus derechos patrimoniales, los socios ausentes o disidentes tendrán derecho a retirarse de la sociedad.*

*En las sociedades por acciones también procederá el ejercicio de este derecho en los casos de cancelación voluntaria de la inscripción en el registro nacional de valores o en bolsa de valores.*

*PAR. —Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo se entenderá que existe desmejora de los derechos patrimoniales de los socios, entre otros, en los siguientes casos:*

*1. Cuando se disminuya el porcentaje de participación del socio en el capital de la sociedad.*

*2. Cuando se disminuya al valor patrimonial de la acción, cuota o parte de interés o se reduzca el valor nominal de la acción o cuota, siempre que en este caso se produzca una disminución de capital.*

*3. Cuando se limite o disminuya la negociabilidad de la acción.*

De la norma transcrita se derivan tres supuestos<sup>24</sup> para el ejercicio del derecho de retiro, a saber:

- a) Transformación, fusión o escisión que imponga a los socios más responsabilidad.
- b) Transformación, fusión o escisión con desmejora patrimonial.
- c) Cancelación de inscripción de las acciones en el registro nacional de valores o en bolsa de valores.

---

<sup>23</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA, Gaceta del Congreso, Año IV, número 61, 25 de abril de 1995, p.4.

<sup>24</sup> REYES VILLAMIZAR, Op. cit., t. 2. p. 209 – 214.

Adicionalmente encontramos en el párrafo del mismo artículo de la Ley 222 de 1995, una relación enunciativa, mas no taxativa, de situaciones jurídico-económicas en las que de ser eventualmente adoptadas por el máximo órgano de la sociedad comercial se presume la desmejora patrimonial para los socios o accionistas de la misma, lo cual no obsta para que se alegue una desmejora patrimonial del socio o accionista en la transformación, fusión o escisión de una sociedad comercial con ocasión de la configuración de las situaciones previstas en el citado párrafo, ni para que como lo autoriza nuestro ordenamiento jurídico en todos los casos de presunción legal, se alegue frente a cada una de las situaciones presuntas prueba en contrario.

Al respecto, dentro de la tendencia de desjudicialización del derecho societario y de descongestión de los despachos judiciales el inciso 3º del artículo 14 de la ley 222 de 1995 otorgó a la autoridad administrativa de inspección, vigilancia y control sobre las sociedades comerciales, en cada caso, la competencia para dirimir las controversias que surjan entre los socios o accionistas y la administración del ente social, sobre la configuración o no de causal para el ejercicio del derecho de retiros respectivas, cuando dentro de los estatutos sociales no aparece pacto arbitral .

Frente a lo anteriormente expuesto, en beneficio del análisis de nuestro régimen legal de participación y protección de los socios minoritarios en las sociedades comerciales, consideramos que, bajo el principio general de que en el derecho privado está permitido todo aquello que no está expresamente prohibido por la ley y con fundamento en la evidenciada necesidad que en los estatutos sociales de cada sociedad comercial se reglamente en debida forma cada uno de los derechos políticos y económicos del socio o accionista, es viable y jurídicamente posible que estatutariamente se concreten los supuestos de hecho que configuran las causales previstas en la Ley 222 de 1995 y antes referidas, para el ejercicio del derecho de retiro, tales como los desproporcionados aumentos de capital que conviertan en minoritarios a socios o accionistas que en principio se encuentran en igualdad de condiciones con los demás, el cambio sustancial del objeto social y el cambio del domicilio al exterior.

En lo que atañe a la oportunidad para ejercer el derecho de retiro de conformidad con el artículo 14 de la ley 222 de 1995, el socio ausente en la toma de decisión de transformación, fusión o escisión, o disidente de la misma, cuenta con un plazo de ocho (8) días hábiles, contados desde la fecha en que se celebró la reunión del máximo órgano social en que se aprobó alguna de las trascendentales reformas estatutarias antes mencionadas, para comunicar su voluntad de retiro a la administración de la sociedad.

Obviamente como quiera que la posición de disidencia no es posible adoptarse por parte del socio o accionista si no se conoce a plenitud las bases de la transformación, fusión o escisión que se somete a consideración del máximo órgano social, las mismas requieren de la difusión y publicidad de que trata el artículo 13 de la ley 222 de 1995 con una antelación mínima de quince días hábiles a la fecha de la reunión del máximo órgano social en las que se hayan de discutir, sancionando la misma norma con ineficacia a las decisiones que en materia de dichas reformas estatutarias se adopten en desconocimiento del requisito en comento.

Finalmente como lo habíamos enunciado el efecto principal del ejercicio del derecho de retiro por parte del socio o accionista a quien la ley lo concede en los términos antes expuestos, consiste en la restitución anticipada de los aportes que hubiera realizado, mediante fórmulas como la adquisición de la parte de interés, de las cuotas sociales o acciones, por parte de los demás socios o accionistas que permanecen en la sociedad, la readquisición de acciones por parte de la persona jurídica o el reembolso del aporte con la consecuente disminución del capital social.

**1.2.2 Derechos económicos.** Corresponde a esta clase de derechos del socio o accionista, todos aquellos de contenido patrimonial, objeto de protección y promoción a través de los ya analizados derechos políticos.

Como lo enunciamos al inicio del presente capítulo, en los derechos económicos del socio o accionista se concreta su interés o ánimo societario, pues como también quedó dicho en el primer capítulo del presente trabajo, el móvil que lleva a todo individuo o sujeto de derecho a asociarse para desarrollar ciertas actividades económicas dentro del ámbito empresarial, es la obtención de riqueza mediante la explotación económica de los aportes inicialmente realizados al ente social, los cuales le otorgan el *status socii*, y por ende los créditos personales a su favor que el ordenamiento jurídico expresamente protege bajo el principio de respeto a la propiedad privada y a los derechos adquiridos.

Encontramos dentro de los derechos económicos del socio o accionista, el derecho a dividendos o utilidades, el derecho de preferencia, el derecho a transmitir su condición de socio o accionista y el derecho a que le sea restituido el aporte efectuado al fondo social.

**1.2.2.1 Derecho a dividendos o utilidades.** El ánimo de lucro que persiguen los socios o accionistas a través de la actividad económica organizada desarrolladas por el ente jurídico societario se ve satisfecho con el reconocimiento periódico de

rendimientos económicos de sus aportes mediante la distribución entre ellos, en forma proporcional y/o en atención de prerrogativas estatutarias, de las utilidades logradas y establecidas en cada sociedad comercial al finalizar cada uno de sus ejercicios contables.

La obligación en cabeza de la persona jurídica de la sociedad de reconocer a sus socios o accionistas la proporción de las utilidades que le corresponden de conformidad con sus aportes y disposiciones estatutarias, es de carácter ineludible y por esta razón expresamente el régimen legal de las sociedades comerciales en Colombia prohíbe pacto alguno que prive totalmente a algún socio o accionista de este derecho, castigando esta clase de estipulaciones con la ineficacia.

En efecto, en el artículo 150 del Código de Comercio contentivo de la regla general sobre el reconocimiento y distribución de utilidades, aparece establecido lo siguiente:

*ART. 150. —La distribución de las utilidades sociales se hará en proporción a la parte pagada del valor nominal de las acciones, cuotas o partes de interés de cada asociado, si en el contrato no se ha previsto válidamente otra cosa.*

*Las cláusulas del contrato que priven de toda participación en las utilidades a algunos de los socios se tendrán por no escritas, a pesar de su aceptación por parte de los socios afectados con ellas.*

*PAR. —A falta de estipulación expresa del contrato, el solo aporte de industria sin estimación de su valor dará derecho a una participación equivalente a la del mayor aporte de capital.*

En este sentido es claro que si bien es cierto en punto del reconocimiento y distribución de utilidades, existe en principio libertad de estipulación también lo es que dicha libertad encuentra limitación expresa e imperativa en materia de privación del derecho a participar en las utilidades de socio o accionista alguno.

La libertad de estipulación opera en lo que respecta al establecimiento de la fórmula de reconocimiento y distribución proporcionada de utilidades, atendiendo al criterio de participación del socio o accionista en la sociedad comercial, de acuerdo a su parte de interés, al número de cuotas sociales o de acciones de que se es titular, o al pacto estatutario válido de prerrogativas a favor de cierta clase de socios en atención a su actividad y preponderancia de sus aportes, tal y como sucede en el caso de los socios gestores en las sociedades en comandita o en el caso de los accionistas titulares de acciones privilegiadas en relación con este derecho pero sin capacidad decisoria en materia de administración de la sociedad conocidas como acciones privilegiadas sin derecho a voto.

En todo caso, consideramos que las prerrogativas a que nos referimos en favor de ciertos socios o accionistas son plenamente válidas y procedentes siempre y cuando se pacte al momento de la constitución de la respectiva sociedad comercial (*ab initio*) o mediante reforma estatutaria aprobada por unanimidad de los socios o accionistas, es decir con el voto favorable de todos aquellos a quienes les asiste este derecho en las reuniones del máximo órgano social, pues de no ser así, como quiera que dichas prerrogativas afectarían en forma favorable solo a unos pocos socios o accionistas en detrimento de derechos de los otros asociados sin existir disposición de éstos, aquellos socios o accionistas que no se encontraren presentes en la reunión en que se adopte su implementación en materia de distribución de utilidades, o que lo hubieran votado desfavorablemente, pueden promover prósperamente las acciones para impugnar el establecimiento de dichas prerrogativas logrando su inoponibilidad como quiera que de conformidad con el artículo 190 del Código de Comercio al no ostentar dicha decisión el carácter de general no obligaría a los socios o accionistas ausentes o disidentes .

De otro lado, como bien lo expone el tratadista José Ignacio Narváez García las prerrogativas pactadas a favor de ciertos socios o accionistas sobre la participación en las utilidades logradas por el ente social, si bien es cierto, en algunos casos, en principio formalmente con ellas no se incurren en contradicción con la regla general vigente, ni en la prohibición de cercenar este derecho en forma total a socio o accionista alguno, dichas prerrogativas pueden ser anulables a lo largo de la vida de la sociedad comercial en el momento en el que las mismas se tornen en cláusulas "*leoninas*"<sup>25</sup>.

Sobre el particular, en la parte especial del presente trabajo de grado, se analizará la titularidad y ejercicio de las acciones judiciales consagradas en materia de derecho societario dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Adicionalmente el párrafo de la misma norma transcrita, induce a los constituyentes de las sociedades comerciales a determinar con precisión en los estatutos sociales la participación en la distribución de utilidades de aquellos socios o accionistas que realizan aportes de industria, mediante la valoración de los mismos y el establecimiento de su correlativa y proporcional participación sobre el monto del lucro logrado por la persona jurídica de la sociedad en sus actividades económicas, toda vez que de no efectuarse dicha previsión la norma les otorga los mismos derechos económicos que el socio o accionista que haya realizado el mayor aporte y por ende ostente una mayor participación dentro del capital social.

---

<sup>25</sup> NARVÁEZ GARCÍA, Op. cit., p. 146.

En este sentido no compartimos el calificativo que de errática hace el profesor Reyes Villamizar sobre esta disposición<sup>26</sup>, pues consideramos que efectivamente la consecuencia jurídica prevista en el párrafo de la norma en cuestión persigue no dejar al álea los beneficios económicos a que tiene derecho el socio industrial sino que por el contrario, como quedó dicho, se dirige a motivar a los socios o accionistas para que estatutariamente queden dichos beneficios plenamente determinados, situación por la cual es de gran relevancia la valoración del aporte industrial en punto de la seguridad jurídica que debe abrigar al derecho económico de todos los socios o accionistas de recibir los dividendos o utilidades respectivas.

Es conveniente advertir que como bien lo exige el artículo 151 del Código de Comercio, la determinación de la participación de los socios o accionistas en las utilidades de la sociedad y su distribución, por obvias razones no es posible sin que previamente con fundamento en estados financieros reales y fidedignos correspondientes al ente económico de la sociedad, y aprobados por el máximo órgano social, se establezca el monto de las utilidades generadas en cada ejercicio social.

Por lo anterior cobra gran importancia en materia de determinación de utilidades dentro de las sociedades comerciales, el cumplimiento de las normas y principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia contenidas en los Decretos 2649 y 2650 de 1993 por parte de la administración de la sociedad comercial, para evitar perjuicios a los socios o accionistas, a los terceros con quienes la persona jurídica de la sociedad establece relaciones económicas o al Estado.

Una vez determinado el monto de las utilidades logradas por la sociedad comercial en el ejercicio económico respectivo, de conformidad con las normas tributarias la administración en primer lugar debe realizar la provisión de recursos necesarios para el pago del impuesto sobre la renta y complementarios; luego en cumplimiento del inciso 2º del citado artículo 151 del Código Comercio debe realizar la deducción respectiva para enjugar o cubrir las pérdidas sufridas en ejercicios anteriores y con las cuales se haya afectado el patrimonio de tal suerte que lo hayan llevado a suma inferior a la del capital social, efectuar la reserva legal a que hubiere lugar de acuerdo con los artículos 350 para las sociedades en comandita por acciones, 371 en las sociedades de responsabilidad limitada y 452 en las sociedades anónimas, para finalmente realizar las reservas pactadas en los estatutos con cargo a las utilidades producidas y eventualmente las reservas ocasionales de destinación especial que el máximo órgano social determine como necesarios o convenientes para el nuevo ejercicio económico que inicia la sociedad.

Dentro de este contexto nuestro legislador en el año 1995, como fórmula para proteger el derecho económico de los socios o accionistas de percibir los

---

<sup>26</sup> REYES VILLAMIZAR, Op. cit., tomo 1 p. 391.

dividendos o utilidades que le correspondan dentro del régimen de la sociedad comercial de la que hagan parte, y en especial, el interés de disfrutar oportunamente de los beneficios económicos derivados de este derecho, estableció un mínimo proporcional de dicha cuenta que debe ser distribuido entre los mismos, luego de surtidas las apropiaciones a que antes se hizo referencia.

En efecto, el artículo 240 de la Ley 222 de 1995, mediante el cual se modificó el artículo 155 del Código de Comercio, ordena:

*ART. 240. Mayoría para la distribución de utilidades. Salvo que en los estatutos se fijare una mayoría decisoria superior, la distribución de utilidades la aprobará la asamblea o junta de socios con el voto favorable de un número plural de socios que representen, cuando menos, el 78% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión.*

*Cuando no se obtenga la mayoría prevista en el inciso anterior, deberá distribuirse por los menos el 50% de las utilidades líquidas o del saldo de las mismas, si tuviere que enjugar pérdidas de ejercicios anteriores.*

La anterior disposición encuentra un refuerzo en beneficio de la efectividad del derecho económico que analizamos, para las sociedades anónimas en el artículo 454 del Código de Comercio, -el cual es indirectamente aplicable por extensión a las sociedades comanditarias por acciones y a las limitadas-, en los siguientes términos:

*ART. 454.—Si la suma de la reserva legal, estatutaria u ocasionales excediere del ciento por ciento del capital suscrito, el porcentaje obligatorio de utilidades líquidas que deberá repartir la sociedad conforme al artículo 155, se elevará al 70%.*

En relación con la primera de las normas transcritas encontramos que existe una redacción un poco confusa y por tanto consideramos conveniente realizar una lectura de los incisos que la componen en forma inversa, es decir, tomando la regla general que en materia de distribución mínima de utilidades contiene el segundo inciso, para luego adentrarnos en la excepción a la regla inmersa en el primer inciso del transcrito artículo 240 de la Ley 222 de 1995.

Este ejercicio nos permite llegar a la conclusión interpretativa consistente en que de una parte con dicha disposición legal la determinación de la proporción de las utilidades líquidas a repartir no se encuentra sujeta a mayorías calificadas, y de otra parte que no existe prohibición absoluta de distribuirse menos del 50 % de las utilidades repartibles<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Ibid., p. 393.

En este sentido encontramos que como regla general que de las utilidades líquidas obtenidas por la sociedad comercial son susceptibles de repartición no menos del 50% de las mismas, lo cual quiere decir que cualquier decisión del máximo órgano social, consistente en autorizar la distribución de una proporción de las utilidades superior a dicho porcentaje, es procedente adoptarla con la mayoría común u ordinaria, establecida en los estatutos sociales en cada sociedad de conformidad con la ley la cual por sustracción de materia, carecería de sentido que fueran igual o superior al 78 %.

De otro lado de la misma norma se desprende que excepcionalmente puede el máximo órgano social de la sociedad optar por distribuir una proporción inferior al 50 % siempre y cuando así lo comparta el 78 % de los votos emitibles en la reunión o un porcentaje mayor de los mismos si así lo exigen los estatutos sociales, pues queda entendido que en relación con dicha mayoría súper calificada es posible pactar estatutariamente un porcentaje mayor, pero siendo la norma de carácter imperativo, no es posible pactar una mayoría constituida por un porcentaje inferior para este caso.

En relación con la segunda de las normas transcritas, es decir del artículo 454 del estatuto mercantil, es claro que lo que allí ocurre es el aumento del mínimo de las utilidades líquidas que deben ser distribuidas como regla general y sin excepción alguna como lo ha sostenido la Superintendencia de Sociedades.<sup>28</sup>

En efecto, esta norma cuyo alcance de aplicación quedó antes determinado eleva la mínima proporción de las utilidades líquidas repartibles entre los socios o accionistas del 50% al 70 %, no previéndose excepción o mayoría calificada alguna que permita al máximo órgano social decretar la distribución de un porcentaje inferior.

Es evidente que la ausencia de excepción al mínimo porcentaje de distribución de utilidades plasmado en esta norma encuentra fundamento en la protección de los intereses económicos de los socios minoritarios, pues carece de sentido que si una sociedad en la cuenta de reservas acumula recursos superiores al monto del capital social, se sigan reteniendo utilidades, privándose a los socios o accionistas que no hagan parte de la mayoría del 78 %, de disfrutar los rendimientos de sus aportes a la sociedad.

Aprobado por el máximo órgano social la proporción y forma de pago de las utilidades líquidas establecidas en sus estados financieros, decisión que en

---

<sup>28</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio número 220-42826 de fecha 8 de agosto de 1997.

atención al carácter imperativo de las normas transcritas deberá ajustarse a ellas, genera a favor del socio o accionista un crédito exigible en los términos en que consta en el acta de la reunión respectiva, copia auténtica de la cual hace las veces de título ejecutivo para el respectivo cobro judicial en caso de que los administradores no obstante su reconocimiento por el órgano competente traten de dilatar el pago o desconocer tan relevante derecho.

**1.2.2.2 Derecho a transmitir la condición de socio o accionista.** En virtud del principio y derecho fundamental constitucional de la libertad (Artículo 11 de la Constitución Política.), el derecho a la propiedad privada (Artículo 58 de la Carta Política y Artículos 669 y 670 del Código Civil) como la libertad económica y de empresa (Artículo 333 constitucional), el socio o accionista, al igual que ingresa a la sociedad comercial por su propia voluntad, se encuentra facultado para separarse de ella anticipadamente, mediante la negociación de la parte de interés, las cuotas sociales o de las acciones de que es titular, perfeccionándose la respectiva cesión de derechos personales de acuerdo con las formalidades exigidas expresamente en la ley o en los estatutos y con la única limitante consistente en la observancia del derecho de preferencia, cuando el mismo ha sido pactado dentro del contrato social o cuando en atención a la naturaleza de la sociedad comercial, la ley lo presuma.<sup>29</sup>

Es apenas natural que en ejercicio de sus derechos patrimoniales el socio o accionista cuente con la libertad de disponer de los derechos económicos que representa el *status socii* en una sociedad comercial determinada, siendo claro que la contraprestación a que tiene derecho por la cesión de dichos derechos representados en créditos personales exigibles a la persona jurídica de la sociedad, será equivalente al valor asignado en la negociación a las cuotas o acciones que se transfieren.

En este sentido la transmisión de la calidad de socio o accionista puede verificarse en forma parcial o total; el primer caso se presenta en la cesión de cuotas o acciones que *no* representa la totalidad de participación del socio o accionista en el capital social, mientras que en el segundo caso se trata de la cesión de la totalidad de las cuotas o acciones de que se es titular o del interés social que le asiste en la misma sociedad.

La cesión de los derechos económicos derivados del *status socii* ocurre en las sociedades por acciones mediante el simple endoso del título que lo representa y la posterior inscripción en el libro oficial de registro de accionistas de la sociedad,

---

<sup>29</sup> El análisis del derecho de preferencia será efectuado a continuación de la exposición del derecho que nos ocupa, en el acápite identificado con el numeral 1.2.2.3 en el presente trabajo de grado.

mientras que en las sociedades de personas expresamente la ley<sup>30</sup> señala que dicha cesión implica una reforma estatutaria que debe cumplir con las solemnidades del acto de constitución, es decir debe ser protocolizada mediante escritura pública e inscrita en el registro mercantil que llevan las Cámaras de Comercio.

Lo anterior evidencia que la transmisión de la condición de socio en las sociedades de personas es más compleja que la transmisión de la condición de accionista en las sociedades de capitales, en las que además del endoso es procedente la simple comunicación de la cesión de las acciones a la administración de la sociedad para que se proceda a su inscripción en el libro respectivo<sup>31</sup>.

En uno y otro caso las Cámaras de Comercio o la administración de la sociedad no pueden negarse a efectuar los registros correspondientes, sino con fundamento en causa legal u orden judicial, y excepcionalmente por vulneración de disposición estatutaria.

Si bien es cierto, que el cesionario de los derechos personales del socio o accionista y quien adquiere el *status socii*, adquiere todos los derechos y obligaciones previstos en el contrato de sociedad, y por ende queda vinculado en los términos de los estatutos sociales, atendiendo a la legislación mercantil especial que regula los actos de cesión de las cuotas, acciones e interés social en las sociedades comerciales, es claro que técnicamente con la transferencia de la condición de socio o accionista no ocurre en estricto sentido en una típica cesión de contrato, siéndole por ello inaplicable el régimen de cesión de los contratos contenido en los artículos 887 y siguientes del Código de Comercio.

De otro lado en las sociedades colectivas, el socio colectivo, y en las sociedades comanditarias, el socio gestor, quienes asumen responsabilidad ilimitada y solidaria frente a terceros por las actividades económicas de la sociedad comercial, al ceder su interés no se libera de la responsabilidad por obligaciones contraídas por la sociedad comercial durante el lapso en que se encontró vinculado a la misma sino transcurrido un año desde la fecha de perfeccionamiento de la cesión, y el nuevo socio cesionario también asume dicha responsabilidad, sin perjuicio que los acreedores sociales consientan en que sea éste quien asuma dicha responsabilidad, exonerando al socio cedente.

Este derecho económico abarca la transmisión de la condición de socio o accionista con ocasión de su muerte a sus herederos o legatarios de conformidad

---

<sup>30</sup> Código de Comercio, Op. cit., artículos 301, 329, 330, 338 y 362.

<sup>31</sup> Ibid., artículo 406.

con el régimen legal de las sucesiones por causa de muerte con las restricciones propias del derecho societario consagradas para las sociedades de personas.

Finalmente debemos poner de presente que la transferencia del *status socii* en las sociedades de personas debe atender a condiciones de idoneidad del cesionario y nuevo socio para los fines del ente societario, como quiera que en esta clase el contrato de sociedad ostenta el carácter de contrato *intuitu personae*.

En este sentido pasamos a explicar el derecho de preferencia, como única legítima limitante al ejercicio del derecho económico a transferir la condición de socio o accionista, el cual es de naturaleza del contrato de sociedad bajo las modalidades de sociedades de personas y es accidental dentro de las estipulaciones estatutarias en las sociedades de capitales.

**1.2.2.3 Derecho de preferencia.** Este derecho económico garantiza al socio o accionista la permanencia o continuidad de la proporción o porcentaje de participación en el capital social con el fin de proteger expectativas de contenido patrimonial derivadas del *status socii* como lo son su participación en las reservas acumuladas, utilidades por distribuir y la revalorización del patrimonio con incidencia directa en la restitución de sus aportes al momento de la liquidación de la sociedad comercial.

En este sentido, entendemos que el derecho de preferencia impide el marchitamiento de la calidad de socio o accionista durante la vida de la sociedad comercial, como quiera que precisamente el ordenamiento jurídico propende por mantener constante la participación porcentual del socio o accionista en el capital de la compañía.

El derecho de preferencia de conformidad con la regulación legal existente se nos muestra como una prerrogativa en abstracto consagrada en favor del socio o accionista, la cual se concreta al momento de la negociación de las partes de interés o cuotas sociales en las sociedades de personas (sociedad colectiva, sociedad en comandita simple, sociedad de responsabilidad limitada), en los aumentos de capital de cualquier clase de sociedad y en el acto de suscripción con ocasión de la colocación de acciones en las sociedades de capitales (sociedad anónima y sociedad en comandita por acciones), y es disponible como cualquier otro derecho patrimonial mediante su renuncia o eventual negociación en el caso de concretarse como prerrogativa para la suscripción de acciones.

En realidad el derecho de preferencia entraña un principio de justicia puesto que permite la recompensa al riesgo asumido y al esfuerzo realizado por los socios o accionistas fundadores de la sociedad comercial y que logran ubicarla en condiciones económicas favorables.

De otro lado es evidente que de la permanencia de la proporcionalidad de la participación del socio o accionista en el capital social determinada en virtud del valor de los aportes realizados, depende, como mas adelante en la parte especial de este trabajo lo analizaremos, que el socio o accionista se ubique en condiciones favorables o desfavorables en la conformación de las mayorías requeridas legal o estatutariamente para la adopción de decisiones en las reuniones del máximo órgano social, toda vez que la capacidad decisoria de los mismos depende del número de votos que puedan emitir, siendo primordialmente los votos otorgados dentro del marco de los entes sociales con fundamento en la participación que ostente cada socio o accionista dentro del capital de la sociedad comercial respectiva.

En este sentido es claro que de la observancia y respeto del derecho de preferencia depende que un socio o accionista goce de poder decisorio al hacer parte de las mayorías, o por lo menos que tenga peso en las discusiones que permiten conformarlas, o que su participación dentro del capital social se torne irrisoria en la conformación de dichas mayorías, haciéndose socio minoritario o parte del grupo de socios minoritarios.

De conformidad con el régimen legal de las sociedades comerciales en Colombia el derecho de preferencia se presenta como un elemento de la naturaleza del contrato de sociedad de aquellos tipos sociales que no dividen su capital social en acciones y en un elemento accidental del contrato social de aquellos tipos sociales que dividen su capital en acciones.

Lo anterior significa que de no hacerse mención sobre la materia en los estatutos en una sociedad colectiva, en comandita simple o de responsabilidad limitada, la existencia y regulación de este derecho se entiende incorporado dentro del régimen funcional de dichas sociedades en los términos contemplados en el Código de Comercio, mientras que su existencia y regulación en las sociedades anónimas y comanditas por acciones dependen de su expresa estipulación en los estatutos sociales de dichas sociedades comerciales, debido a la regla general de la libre negociabilidad de las acciones de capital.

En efecto el artículo 363 del Código de Comercio, norma del título correspondiente a la sociedad de responsabilidad limitada, y el artículo 407 ibídem, disposición contenida en el título de las sociedades anónimas, establecen lo siguiente:

*ART. 363.— Salvo estipulación en contrario, el socio que pretenda ceder sus cuotas las ofrecerá a los demás socios por conducto del representante legal de la compañía, quien les dará traslado inmediatamente, a fin de que dentro de los quince días siguientes, manifiesten si tienen interés en adquirirlas. Transcurrido este lapso los socios que acepten la oferta tendrán derecho a tomarla a prorrata de las*

*cuotas que posean. El precio, plazo y demás condiciones de la cesión se expresarán en la oferta.*

*ART. 407.— Si las acciones fueren nominativas y los estatutos estipularen el derecho de preferencia en la negociación, se indicarán los plazos y condiciones dentro de los cuales la sociedad o los accionistas podrán ejercerlo; pero el precio y la forma de pago de las acciones serán fijados en cada caso por los interesados y, si éstos no se pusieren de acuerdo, por peritos designados por las partes o, en su defecto, por el respectivo superintendente. No surtirá ningún efecto la estipulación que contraviniera la presente norma.*

*Mientras la sociedad tenga inscritas sus acciones en bolsas de valores, se tendrá por no escrita la cláusula que consagre cualquier restricción a la libre negociabilidad de las acciones.*

Con fundamento en las disposiciones legales transcritas, de las cuales se deriva para la cláusula estatutaria que consagra el derecho de preferencia, el carácter de elemento natural en los contratos de sociedad bajo la modalidad de responsabilidad limitada, comanditaria simple o colectiva, y el carácter de elemento accidental en los contratos de sociedad bajo las modalidades de comanditaria por acciones o de anónima, consideramos que, una vez pactada en los estatutos de estas últimas sociedades de capitales, la existencia de dicho derecho en la negociación y emisión de nuevas acciones, atendiendo a la finalidad proteccionista de este mismo derecho por parte del régimen legal societario vigente en Colombia, la regulación estatutaria para el ejercicio del derecho de preferencia, derivada de su consagración, debe ceñirse a lo ordenado expresamente por el artículo 407 del Código de Comercio en lo que se refiere a la fijación del precio y forma de pago de las acciones aplicándose dicha disposición, en concordancia con la modificación introducida por los artículos 134, 135 y 136 de la Ley 446 de 1998, en el sentido que los peritos deben ser designados por el Superintendente de Sociedades con fundamento en listas elaboradas por la Cámara de Comercio del domicilio de la sociedad.

Los artículos 134, 135 y 136 de la Ley 446 de 1998 son del siguiente tenor:

*ART. 134. — Designación, posesión y recusación. Si para la solución de cualquiera de los conflictos de que conocen las superintendencias en ejercicio de funciones jurisdiccionales, la respectiva superintendencia requiera de peritos, éstos serán designados por el superintendente de listas que para tal efecto elaborarán las cámaras de comercio, atendiendo las reglas establecidas en el artículo 9º del Código de Procedimiento Civil.*

*En uno u otro caso, los peritos tomarán posesión ante el Superintendente o su delegado. Los peritos pueden ser objeto de recusación, caso en el cual ésta se sujetará al procedimiento previsto en el Código de Procedimiento Civil.*

*ART. 135. — Dictamen pericial. Los peritos rendirán su dictamen dentro del término que fije el superintendente o su delegado en la diligencia de posesión. El superintendente dará traslado del dictamen a las partes por el término de tres (3) días dentro del cual podrán objetarlo ante el mismo funcionario por error grave o solicitar que se complemente o aclare, casos en los cuales se aplicarán las reglas del Código de Procedimiento Civil.*

*Si no se presentaren objeciones o si, presentadas, se cumplieren el procedimiento pertinente, el dictamen así determinado obligará a las partes. Este acto no tendrá recurso alguno.*

*ART. 136. — Discrepancia sobre precio de alícuotas. Si con ocasión del reembolso de aportes en los casos previstos en la ley o del ejercicio del derecho de preferencia en la negociación de acciones, cuotas sociales o partes de interés surgen discrepancias entre los asociados, o entre éstos y la sociedad respecto al valor de las mismas, éste será fijado por peritos designados por las partes o en su defecto por el Superintendente Bancario, de Sociedades o de Valores, en el caso de sociedades sometidas a su vigilancia.*

*Tratándose de sociedades no sometidas a dicha vigilancia, la designación corresponderá al Superintendente de Sociedades.*

*En uno u otro caso, se procederá conforme se indica en el artículo anterior.*

Por lo anterior nos apartamos de la posición del profesor Francisco Reyes Villamizar, quien afirma con fundamento en el ordinal 14 del artículo 110 del Código de Comercio que en materia de operación del derecho de preferencia, los accionistas disponen de alguna libertad para que una vez pactado el mismo estatutariamente, se determinen modalidades de operación distintas a la establecida en el artículo 407 del estatuto mercantil<sup>32</sup> y respaldamos la posición que sobre la materia adopta el tratadista José Ignacio Narváez García en el

---

<sup>32</sup> REYES VILLAMIZAR, Op. cit., t.1, p. 306.

sentido que el procedimiento delimitado para la aplicación del derecho de preferencia en el mencionado artículo 407 es un trámite impuesto por la propia ley y de ineludible acatamiento siempre que se haya estipulado estatutariamente dicho derecho en la negociación de las acciones<sup>33</sup>, pues consideramos que el significado proteccionista de la norma consiste en evitar que lo que en principio estatutariamente se le garantiza al socio o accionista en materia de la permanencia de su proporcionalidad en la participación del capital, luego sea de tajo desconocido por efecto de decisiones de las mayorías.

Quiere decir esto último que si bien es cierto las mayorías deben imperar en la administración y dirección de la sociedad, en punto al derecho de preferencia, su consagración y regulación estatutaria tienden a la invariabilidad por ministerio de las disposiciones legales analizadas, y toda reforma estatutaria adoptada con las mayorías consagradas en los estatutos, en nuestro criterio no pueden hacer nugatorio el derecho de preferencia pactado inicialmente en los estatutos de conformidad con las mismas normas legales.

Lo anterior nos lleva a concluir que el pacto del derecho de preferencia en la negociación de las cuotas o acciones de una sociedad debe ocurrir en forma clara y con regulación plena de la forma de su aplicación al momento de la constitución de la respectiva sociedad, pues como se evidencia de lo expuesto hasta el momento sobre este derecho, ratificamos que el mismo representa una limitación a la regla general de libre negociabilidad de las mismas, con fines legales loables.

**1.2.2.4 Derecho al reembolso o restitución del aporte.** Este derecho consiste en la facultad del socio o accionista para exigir a la persona jurídica de la sociedad la restitución de los aportes efectuados o la compensación de los mismos en dinero, en otros bienes o en prestaciones económicas diversas, o para que eventualmente, al menos le sea reivindicado aquello que de dichos aportes quedare, a la finalización de la vida económica de la persona jurídica de la sociedad comercial en consideración a la responsabilidad asumida dentro de cada tipo societario, y extraordinariamente con ocasión de la separación anticipada del socio o accionista por causas distintas a la negociación y transferencia absoluta del *status socii*.

La exigencia del reembolso o restitución del aporte tiene como fundamento los derechos de crédito o personales que tiene cada socio o accionista frente a la sociedad, cuya fuente es el *status socii* y su titularidad se concreta en la parte de interés, las cuotas sociales, las acciones o el interés social a su nombre.

---

<sup>33</sup> NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Sociedades por Acciones. Bogotá : Ed. Doctrina y Ley, Bogotá, 1993. p. 167.

En efecto, como quedó expuesto anteriormente, la constitución de la sociedad comercial implica la creación de un fondo social integrado por los aportes en dinero, en bienes de otra especie valorables en dinero o en trabajo que realizan los socios o accionistas.

También quedó dicho que los aportes son efectuados con la finalidad de adelantar actividades económicas a través del modelo asociativo del ente societario con el fin de generar riqueza para la persona jurídica de la sociedad e indirectamente, para generar riqueza a los socios o accionistas que participan en ella.

En este sentido, atendiendo a elementales principios de justicia, es apenas lógico que finalizada la vida jurídica - económica de la sociedad comercial o verificada la desvinculación del socio o accionista de la sociedad -sin que dicha desvinculación ocurra en virtud de negociación de sus derechos personales representados en su parte de interés, las cuotas sociales, acciones o interés social-, los aportes efectuados le sean restituidos o reembolsados a cada socio o accionista, atendiendo a las desvalorizaciones sufridas o junto con las valorizaciones generadas con ocasión de las reservas sociales, el superávit de capital logrado y las utilidades decretadas y no distribuidas, todos éstos a los que tiene derecho, por regla general, a prorrata de su participación en el capital social, y establecidos al final de las actividades de la sociedad comercial o al momento de la separación del socio o accionista.

En consideración al ánimo de lucro inmerso en la realización de los aportes a la sociedad, de ordinario encontramos que finalizadas las operaciones económicas de la sociedad, lo ideal es que los aportes de los socios o accionistas al momento de su restitución o reembolso lleven consigo una valorización, en caso contrario también es claro que la desvalorización que sufra el aporte de uno de los socios o accionistas, como regla general, debe corresponder proporcionalmente a su participación en el capital social a la desvalorización sufrida por los aportes que hicieran los demás socios o accionistas.

Para abordar el análisis de este importante derecho económico, es necesario en principio distinguir entre la restitución del aporte en estricto sentido, y el reembolso del mismo cuando dicha restitución no es posible.

Encontramos que la restitución del aporte implica la devolución del mismo en igual sustancia y calidad en que fue recibido por la sociedad, esta situación se presenta en los casos en que realizado un aporte en especie, como ocurriría en el caso de un inmueble, la propiedad sobre el mismo le es nuevamente transferida al socio o accionista, o cuando, en el conocido caso del aporte del derecho de usufructo, este derecho regresa al socio o accionista junto con la restitución material del bien sobre el que recae; significa lo anterior que la restitución del aporte se predica de la entrega al socio o accionista de los mismos derechos o bienes transferidos a la persona jurídica de la sociedad.

Teniendo en cuenta que transferido el dominio a la sociedad comercial de los bienes entregados como aportes, la misma puede disponer de ellos libremente, es evidente que la restitución del aporte ocurre en forma excepcional.

De otro lado encontramos que el reembolso versa sobre la devolución de la parte porcentual del patrimonio social correspondiente al socio o accionista en consideración a su participación en el capital social, lo cual no significa la transferencia de activos que coincida con la sustancia y calidad de los bienes entregados por el socio o accionista como aporte.

Sobre la regulación del derecho al reembolso o restitución del aporte realizado por los socios o accionistas a las sociedades comerciales aparece dentro del régimen legal societario vigente la exigencia en el numeral 10 del artículo 110 del Código de Comercio de incorporar dentro del contrato social, es decir en los estatutos de la sociedad, *“la forma de hacer la liquidación, una vez disuelta la sociedad, con indicación de los bienes que hayan de ser restituidos o distribuidos en especie, o de las condiciones en que, a falta de dicha indicación, puedan hacerse distribuciones en especie “*.

Lo anterior significa que el legislador otorga libertad a los constituyentes de una sociedad comercial para que en sus estatutos anticipadamente regulen la forma en que deben efectuar la restitución o reembolso de los aportes, en un momento especial en el que ordinariamente hay lugar a ello, esto es como ya lo habíamos enunciado, al finalizar la vida económica y jurídica de la sociedad comercial; es decir, dentro del trámite de liquidación una vez decretada la disolución por el máximo órgano social u ocurrida cualquier otra de las causales que para el efecto establece la Ley.

Es conveniente aclarar que el cumplimiento de la obligación a cargo de la sociedad de realizar el reembolso o restitución de los aportes de capital, debe ser ejecutada por el liquidador, quien ostenta las funciones de los órganos de administración y representación es esa etapa final de las sociedades comerciales.

Adicionalmente, respecto de la concreción y efectividad de este derecho, como de la oportunidad para que la sociedad comercial cumpla con la obligación de restituir o reembolsar los aportes a los asociados, procedimiento conocido dentro de la etapa de liquidación como pago del pasivo interno de la sociedad, nuestra legislación prevé lo siguiente:

*ART. 144. — Los asociados tampoco podrán pedir el reembolso total o parcial de sus acciones, cuotas o partes de interés antes de que, disuelta la sociedad, se haya cancelado su pasivo externo. El reembolso*

*se hará entonces en proporción al valor nominal del interés de cada asociado, si en el contrato no se ha estipulado cosa distinta.*

*ART. 241.— No podrá distribuirse suma alguna a los asociados mientras no se haya cancelado todo el pasivo externo de la sociedad. Pero podrá distribuirse entre los asociados la parte de los activos sociales que exceda del doble del pasivo inventariado y no cancelado al momento de hacerse la distribución.*

*ART. 247. — Pagado el pasivo externo de la sociedad, se distribuirá el remanente de los activos sociales entre los asociados, conforme a lo estipulado en el contrato o a lo que ellos acuerden.*

*La distribución se hará constar en acta en que se exprese el nombre de los asociados, el valor de su correspondiente interés social y la suma de dinero o los bienes que reciba cada uno a título de liquidación.*

*Tal acta se protocolizará en una notaría del lugar del domicilio social, junto con las diligencias del inventario de los bienes sociales y con la actuación judicial en su caso.*

*PAR. — Cuando se hagan adjudicaciones de bienes para cuya enajenación se exijan formalidades especiales en la ley, deberán cumplirse éstas por los liquidadores. Si la formalidad consiste en el otorgamiento de escritura pública, bastará que se eleve a escritura la parte pertinente del acta indicada.*

*ART. 248. — La distribución o prorrateo del remanente de los activos sociales entre los asociados se hará al tiempo para todos, si no se ha estipulado el reembolso preferencial de sus partes de interés, cuotas o acciones para algunos de ellos, caso en el cual sólo se dispondrá del remanente, una vez hecho dicho reembolso.*

*Hecha la liquidación de lo que a cada asociado corresponda en los activos sociales, los liquidadores convocarán a la asamblea o a la junta de socios, para que aprueben las cuentas de los liquidadores y el acta de que trata el artículo anterior. Estas decisiones podrán adoptarse con el voto favorable de la mayoría de los asociados que concurren, cualquiera que sea el valor de las partes de interés, cuotas o acciones que representen en la sociedad.*

*Si hecha debidamente la convocatoria, no concurre ningún asociado, los liquidadores convocarán en la misma forma a una segunda reunión, para dentro de los diez días siguientes; si a dicha reunión tampoco*

*concorre ninguno, se tendrán por aprobadas las cuentas de los liquidadores, las cuales no podrán ser posteriormente impugnadas.*

*ART. 249. —Aprobada la cuenta final de la liquidación, se entregará a los asociados lo que les corresponda y, si hay ausentes o son numerosos, los liquidadores los citarán por medio de avisos que se publicarán por no menos de tres veces, con intervalos de ocho a diez días, en un periódico que circule en el lugar del domicilio social.*

*Hecha la citación anterior y transcurridos diez días después de la última publicación, los liquidadores entregarán a la junta departamental de beneficencia del lugar del domicilio social y, a falta de ésta en dicho lugar, a la junta que funcione en el lugar más próximo, los bienes que correspondan a los socios que no se hayan presentado a recibirlos, quienes sólo podrán reclamar su entrega dentro del año siguiente, transcurrido el cual los bienes pasarán a ser propiedad de la entidad de beneficencia, para lo cual el liquidador entregará los documentos de traspaso a que haya lugar.*

En las disposiciones legales transcritas claramente aparecen dos criterios generales que rigen la ejecución de la obligación de reembolsar o restituir los aportes a los socios o accionistas y la facultad de exigirlos; éstos son:

a) De la suficiencia de activos de la sociedad comercial depende la exigibilidad del reembolso o restitución del aporte por parte del socio o accionista, toda vez que en la etapa liquidatoria solo una vez cubierto el pasivo externo o evidenciada la capacidad económica de la sociedad para cubrir aquellos que faltaren por pagar es posible legalmente para el liquidador proceder a dicho acto.

b) La distribución del remanente de los activos de la sociedad luego de pagado el pasivo externo de la misma, con cargo al cual se efectúa el reembolso o restitución de los aportes, se adelanta con observancia, en primer lugar, de las disposiciones estatutarias, en las cuales como quedó dicho es posible pactar preferencias o identificar los bienes a salvaguardar a efectos de ser restituidos a determinados socios o accionistas, y ante la ausencia de dichos pactos o una vez cumplidos los mismos, se ha de aplicar la regla de proporcionalidad de conformidad con la participación en el capital social de cada socio o accionista, es decir que a aquel que mayor participación tenga dentro del capital social le corresponderá el mayor porcentaje del remanente del activo por distribuir y a aquel con menor participación en el capital le corresponderá el menor porcentaje sobre los activos distribuibles.

En punto de la restitución anticipada de los aportes, es decir aquella que es posible que ocurra antes de decretada la disolución de la sociedad y de surtido el

tramite liquidatorio, encontramos que el artículo 143 del Código de Comercio excepcionalmente autoriza en los casos de (i) vencimiento del término establecido para el usufructo de bienes, cuando el aporte ha consistido en la constitución de dicho derecho a favor de la sociedad y (ii) declaración de nulidad del contrato de sociedad respecto de un determinado socio o accionista, siempre y cuando dicha declaración no provenga de objeto o causa ilícitos, pues en esta situación la misma ley ordena hacer entrega de los aportes a la entidad de beneficencia del departamento dentro del que se encuentra el domicilio de la sociedad.<sup>34</sup>

En el último caso expuesto, siendo procedente la restitución anticipada del aporte, es claro que si la misma no es posible por haber dispuesto la sociedad de la propiedad del mismo, forzosamente habría lugar al reembolso del mismo mediante la entrega de dinero o de bienes de valor equivalente al aportado.

Finalmente aparecen consagradas en el artículo 145 del mismo estatuto mercantil y en el inciso primero del artículo 16 de la Ley 222 de 1995, dos situaciones en las que es procedente el reembolso anticipado de los aportes.

En efecto dispone el artículo 145 del Código de Comercio, lo siguiente:

*ART. 145. —La Superintendencia de Sociedades autorizará la disminución del capital social en cualquier compañía cuando se pruebe que la sociedad carece de pasivo externo; o que hecha la reducción los activos sociales representan no menos del doble del pasivo externo, o que los acreedores sociales acepten expresamente y por escrito la reducción, cualquiera que fuere el monto del activo o de los activos sociales.*

*Cuando el pasivo externo proviniera de prestaciones sociales será necesario, además, la aprobación del competente funcionario del trabajo.*

De conformidad con la norma transcrita aparece el reembolso anticipado de los aportes como fórmula de disminución de capital social.

De otro lado, ante el fracaso de la negociación de la parte de interés, de las cuotas o acciones de que es titular el socio o accionista que ejerce el derecho de retiro, el inciso primero del artículo 16 de la Ley 222 de 1995 faculta al mismo para exigir el reembolso de sus aportes representados en la respectiva parte de interés, las cuotas sociales, los títulos de acciones o el interés social.

---

<sup>34</sup> Código de Comercio, Op. cit., artículo 105.

En efecto la citada norma establece lo siguiente:

*ART. 16. —Reembolso. En los casos en que los socios o la sociedad no adquieran la totalidad de las acciones, cuotas o partes de interés, el retiro dará derecho a quien lo ejerza a exigir el reembolso de las cuotas, acciones o partes de interés restantes. El valor correspondiente se calculará de común acuerdo entre las partes. A falta de acuerdo, el avalúo se hará por peritos designados por la cámara de comercio del domicilio social. Dicho avalúo será obligatorio. En los estatutos podrán fijarse métodos diferentes para establecer el valor del reembolso.*

(...)

La incidencia de las disposiciones legales transcritas en el ejercicio del derecho económico al reembolso o restitución de los aportes dentro de los distintos tipos sociales y la aplicación de las mismas en los casos enunciados respecto de los socios minoritarios, será objeto de análisis en la parte especial del presente trabajo.

### **1.3 ADMINISTRADORES Y SOCIOS EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES**

Del análisis de la estructura de la persona jurídica de la sociedad comercial y de los órganos que la componen y que permiten su funcionamiento y la exteriorización de su voluntad frente a terceros, como del contenido de los diferentes derechos políticos y económicos de que son titulares los socios o accionistas de conformidad con el régimen legal societario vigente, es evidente que las relaciones de derecho privado que se establezcan en virtud de los estatutos sociales o de las prácticas comerciales y empresariales que desarrolla el ente social, depende en gran medida el éxito de los fines sociales, la generación de lucro para la persona jurídica y sus asociados y la efectividad de los citados derechos de los socios o accionistas.

En este sentido, una vez surtido el análisis general de la forma de elección de las personas naturales o jurídicas que integran los diferentes órganos sociales, la obtención y mantenimiento de la calidad de administrador en atención a la permanencia de su inscripción en el registro mercantil, como la existencia de la imperativa fórmula legal de revocabilidad del nombramiento de los mismos, en este capítulo nos adentraremos en el estudio de los deberes legales de los administradores sociales, las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades que para los mismos consagra el régimen jurídico de las sociedades comerciales en Colombia.

**1.3.1 Concepto de administrador.** Como bien se dio a entender al comentar la existencia e integración de los órganos sociales en la estructura del ente jurídico de la sociedad comercial, como primer criterio general para determinar quién o quiénes ostentan la calidad de administradores dentro de dicha estructura, encontramos aquel que se infiere de la participación o integración de los mismos, es decir que a priori la condición de administrador se puede asignar a toda persona natural o jurídica que haga parte de uno de los órganos sociales.

Dicho primer criterio general nos lleva a incluir dentro del género de los administradores a los mismos socios o accionistas, toda vez que estos participa en forma directa en el órgano social de mayor relevancia, cual es el órgano de dirección bien sea que este sea conocido como junta general de socios o asamblea general de accionistas.

Si bien es cierto que el socio o accionista influye en la administración de la sociedad comercial, también lo es, que en estricto sentido, siendo necesario distinguir entre quienes en forma permanente la ejercen y quienes no obstante hacer parte de dicha organización jurídico – económica se ven privados de ejercerla en esa forma, es también claro que la sola condición de socio o accionista no implica la condición de administrador y que esta última por excepción le es expresamente otorgada por la ley a ciertos sujetos, cuya actuación es de vital importancia para la actividad de la sociedad.

En efecto nuestro legislador en el artículo 22 de la Ley 222 de 1995 expresamente otorga la condición de administrador social al representante legal, al liquidador, al factor, a los miembros de juntas o consejos directivos y a quienes de acuerdo con los estatutos sociales de cada compañía ejerzan o detenten las funciones que legalmente correspondan a las personas que ejercen los cargos antes mencionados.

**1.3.2 Deberes de los administradores.** Siguiendo el nuevo régimen jurídico aplicable a quienes de conformidad con la norma legal antes comentada ostentan la calidad de administradores, en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 encontramos enunciados los deberes de éstos, y el mínimo de actuaciones que deben ejercer en cumplimiento de los mismos, en los siguientes términos.

*ART. 23. —Deberes de los administradores. Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.*

*En el cumplimiento de su función los administradores deberán:*

1. *Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.*
2. *Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.*
3. *Velar por que se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.*
4. *Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.*
5. *Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.*
6. *Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.*
7. *Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.*

*En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad.*

De la norma transcrita encontramos que se hace imperioso establecer los alcances y niveles de exigibilidad de los enunciados deberes de los administradores, los cuales operan como principios de su actuación, y que para la efectividad en su aplicación el legislador pretendió enmarcar dentro de las conductas típicas que se verifican en la administración de la sociedad comercial.

En este orden de ideas encontramos en *primer lugar* el deber de todo administrador de actuar de buena fe, es decir con la rectitud y sincera convicción de no engañar a nadie ni ocasionar perjuicio alguno.<sup>1</sup>

Al respecto el profesor Francisco Reyes Villamizar sostiene que su consagración expresa en el régimen de los administradores no es otra cosa sino la ratificación

---

<sup>1</sup> NARVÁEZ GARCÍA, Op. Cit., p. 357.

de este principio fundamental del derecho privado toda vez que es a partir de la buena fe de los administradores que adquiere sentido la consagración de los demás deberes a cargo de esta clase de personas y que se aspira al cumplimiento de los mismos por parte de ellos.<sup>2</sup>

En *segundo lugar* encontramos el deber de lealtad orientada a el compromiso que adquiere el administrador para con la sociedad comercial en punto de dedicarse exclusivamente a trabajar a favor de los intereses de la misma –los cuales representan a su vez intereses compartidos entre los administradores y los socios o accionistas-, absteniéndose de ejecutar actos que le causen perjuicio, que le generen conflicto frente a terceros o entre la persona del administrador y la persona jurídica de la sociedad, y ante todo respetando las oportunidades y proyecciones de negocio del ente social, como las demás situaciones que en virtud de la información a la que accede el administrador pudieren llegar a privar a la sociedad de cualquier clase de beneficio, para egoísta e injustamente adueñárselo en detrimento de la inversión que con la actividad de la sociedad las ha generado, o perjuicio alguno como la revelación de secretos industriales o comerciales.

Como quiera que el régimen legal de las sociedades, no tipifica conductas específicas violatorias del deber de lealtad, la doctrina<sup>3</sup> ha considerado que corresponde a la recta discrecionalidad judicial, en virtud de su actividad de interpretación normativa y fáctica, establecer, en cada caso en particular, si el administrador ha vulnerado el compromiso íntimo antes descrito.

En *tercer lugar* y en cuanto al deber de diligencia de los administradores, se entiende que la misma se circunscribe al nivel de gestión que ellos deben adelantar en relación con los negocios sociales, bajo criterios que encuadran en el especial cuidado y esmero que imprime un hombre de negocios a los asuntos que atiende, siendo claro que, si bien es cierto la obligación de gestión en cabeza de los administradores es de medio y no de resultado, también lo es que el pleno conocimiento e ilustración sobre los diversos factores que concurren en una situación a decidir y la prudencia que debe acompañar la toma de dicha decisión, por regla general, se deben traducir en la calificación de idóneos y favorables para todos aquellos actos ejecutados por el administrador, sin que con ello queramos decir que siempre generen beneficio económico o utilidad.

Este modelo de diligencia exigido es de gran importancia al momento de valorar la actuación de un administrador en un asunto de su competencia a efectos de establecer su responsabilidad económica contractual o extracontractualmente con ocasión del ejercicio de la acción de responsabilidad establecida en el citado

---

<sup>2</sup> REYES VILLAMIZAR, Op. Cit., t.1. p. 445.

<sup>3</sup> Ibid., p. 449.

régimen legal de los administradores sociales y específicamente en la ley en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995.

Armonizando la exigencia de diligencia contenida en la norma transcrita con las normas que sobre la culpa y sus diferentes clases consagra el Código Civil encontramos que el administrador social asume responsabilidad por su conducta activa u omisiva hasta la culpa levísima, en los términos del inciso 5º del artículo 63 del mencionado Código.

Las directrices de conducta derivadas de los deberes generales antes relacionados y consagrados en la misma disposición de la Ley 222 de 1995 antes transcrita son y consisten en lo siguiente:

*a) Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social:*

Es apenas natural que las personas designadas para administrar y representar legalmente al ente societario se concentren la puesta en marcha de las actividades económicas previstas expresamente en el objeto social y en aquellas que le son complementarias.

En este sentido, al exigir la norma el adecuado desarrollo del objeto social, significa que el administrador en cumplimiento del deber de diligencia dirija toda su gestión a la ejecución exitosa del mismo objeto social sin desbordarlo, toda vez que como quedó dicho, al analizar la capacidad de la persona jurídica de la sociedad como uno de sus atributos, el objeto social sirve como uno de los criterios determinantes de la capacidad de ejercicio de la sociedad comercial.

Es decir, que el desarrollo del objeto social se torna adecuado a los fines de la sociedad comercial, cuando las actividades económicas que lo componen se adelantan de acuerdo a las previsiones estatutarias y a los intereses legítimos perseguidos por sus asociados a través de la estructura societaria, y por consiguiente sin que los administradores, lo desconozcan, se aparten del mismo o incurran en la promoción o ejecución de actividades empresariales distintas a las proyectadas en el objeto social.

*b) Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias:*

Significa cumplir y hacer cumplir el marco de legalidad de la sociedad, soporte de la seguridad jurídica que asiste tanto al socio o accionista inversionista como a los terceros que establecen relaciones jurídico – económicas con el ente social.

Esta directriz de conducta representa otra arista del deber de diligencia en aras de consultar y aplicar las disposiciones normativas que rigen a la sociedad comercial en orden al logro de los fines sociales perseguidos.

El contenido de la segunda parte de esta directriz de conducta, consistente en hacer cumplir el marco normativo, sirve de fuente a la culpa *in vigilando*, respecto del seguimiento que deben realizar los administradores a las actividades de los funcionarios que trabajan bajo su dependencia, situación que exige mayor profesionalismo a los administradores en la supervisión de dependientes y subalternos.

*c) Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.*

Con ello se busca que los administradores faciliten toda su colaboración al órgano de fiscalización para el cumplimiento de sus funciones y sin interferir en la independencia esencial al ejercicio de las mismas, permitiendo que dicho órgano reporte a la sociedad comercial los beneficios que inspiran su exigencia legal o creación estatutaria.

Como quiera que las principales funciones del Revisor Fiscal, consagradas en el artículo 207 de del Código de Comercio, versan sobre la auditoria a la gestión de los administradores en el campo contable, financiero y administrativo, cobra vital importancia para el despliegue de las mismas, que los administradores oportuna y diligentemente entreguen la información generada en la sociedad en estas materias, toda vez que la privación del acceso a dicha información o su inexactitud impiden que el profesional de la contaduría que ejerza el cargo personalmente o como representante de la persona jurídica designada, califique la situación contable, financiera o administrativa ajustada o no a los estatutos o al ordenamiento jurídico vigente.

*d) Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad*

Forma parte ésta directriz conductual del deber de lealtad de los administradores para con la sociedad, evitándole causarle perjuicios, en la primera clase de reserva, con la revelación de la información contenida en libros oficiales que sólo conocen los administradores o sobre operaciones comerciales habituales y que no son de conocimiento público; y en la segunda clase de reserva, con la revelación de información técnica sobre las fórmulas de procesos industriales o sobre particularidades del proceso productivo y de relevancia económica, entendiendo el secreto industrial como *“todo conocimiento reservado sobre ideas, productos o*

*procedimientos industriales que el empresario por su valor competitivo para la empresa, desea mantenerlo oculto”.*<sup>4</sup>

Ese conocimiento, para ser protegible contra la revelación en forma que no se acomode a las prácticas leales o uso por parte de un tercero, debe reunir varias notas, a saber: ser secreto (...); tener un valor efectivo o potencial, por el hecho de ser secreto (...); existencia de un control efectivo, ejercido por las personas que tienen en posesión el secreto industrial, para mantener el conocimiento como secreto (...); no ser de dominio público, no resultar evidente para un técnico en la materia y no debe ser divulgado por disposición legal o por orden judicial.<sup>5</sup>

No sobra advertir que el desconocimiento o incumplimiento del deber de reserva de los secretos industriales o comerciales a cargo de los administradores genera efectos no solo del orden del régimen legal societario, generándose responsabilidad patrimonial ilimitada para los mismos por los perjuicios causados, sino que también se erige en justa causa para la terminación del contrato de trabajo, según lo establece el numeral 8º del artículo 63 del Código Sustantivo del Trabajo, y adicionalmente con dicha reprochable conducta podría encuadrarse en el tipo penal de violación de reserva industrial o comercial en los términos, del artículo 308 del Código Penal vigente (Ley 599 de 2000).

*e) Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.*

El calificativo de información privilegiada corresponde a aquella que sólo es conocida directamente por un número restringido de personas en atención a su cargo dentro de la estructura social y al contenido patrimonial que representa para la persona jurídica de la sociedad comercial.

Entendida así la información privilegiada de la sociedad, consideramos que la orden imperativa de la disposición legal, propia del deber de lealtad de los administradores para con la sociedad comercial, implica la carga para estos de hacer uso de la misma con fines distintos a los de sus funciones, en lo referente a situaciones futuras de la Compañía, emisiones de acciones, solicitud de acuerdos de reestructuración, entre otros asuntos de importancia para la sociedad, relevancia económica y de conocimiento exclusivo de ciertas personas dentro de la sociedad comercial.

---

<sup>4</sup> GÓMEZ, José. Citado por PACHÓN, Manuel. El régimen andino de la propiedad industrial, Bogotá, Edición Gustavo Ibáñez, 1995, pág. 181.

<sup>5</sup> PACHÓN, Manuel. citado por REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario, Tomo I, pág. 453.

Por vía de doctrina, la Superintendencia de Sociedades ha determinado como conductas de los administradores que poseen información privilegiada, contrarias a esta directriz de lealtad para con la sociedad comercial, las siguientes: (i) Suministrarla a quien no tiene derecho a acceder a ella, (ii) Usarla con el fin de obtener provecho propio o de terceros, (iii) Ocultarla maliciosamente en perjuicio de la sociedad o en beneficio propio o de terceros, (iv) Hacerla pública en un momento inapropiado, (v) No publicarla existiendo la obligación de darla a conocer, ya sea porque se divulgue en un medio cerrado, o no se divulgue de manera alguna; y a *contrario sensu* considera que no se actúa en vulneración de los intereses de la sociedad comercial protegidos con esta directriz conductual de lealtad en los siguientes casos: (i) Cuando el órgano competente de la sociedad autorice expresamente al administrador el levantamiento de la reserva, (ii) Cuando la información se le suministre a las autoridades facultadas para utilizarla y previa su solicitud, (iii) Cuando está a disposición de los órganos que tienen derecho a conocerla, tales como la Asamblea General de Accionistas, la Junta de Socios, la Junta Directiva, el Revisor Fiscal, los asociados en ejercicio del derecho de inspección y los asesores externos.<sup>6</sup>

Al igual que como ocurre con la fraudulenta revelación de la reserva comercial o industrial, el uso indebido de información privilegiada además de generar responsabilidad patrimonial ilimitada para el administrador por los perjuicios causados a la sociedad comercial y a sus socios o accionistas, se encuentra tipificado como delito en el artículo 258 del Código Penal (Ley 599 de 2000).

*f) Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el derecho de inspección a todos ellos.*

Siendo determinante en la designación de las personas naturales o jurídicas que integran los órganos de administración, representación legal y fiscalización, el acuerdo entre los socios o accionistas de participación mayoritaria en el capital social o de participación cualificada en la administración de la misma en virtud del tipo societario escogido, es común que aquellos socios o accionistas que no respaldaron dichas designaciones en el seno del máximo órgano social, y que por ende asumen el carácter de socio o grupo de socios minoritarios, sean destinatarios de un trato diferente a aquel reverencial y de respaldo mutuo que los administradores brindan a quienes si estuvieron de acuerdo en su elección.

Ante esa realidad de cierta mezquindad de los administradores en el trato diferencial y desigual para con los socios minoritarios, se sostiene que el régimen legal aplicable a la conducta de los administradores sociales tiene como uno de

---

<sup>6</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Circular Externa 20, 4 de noviembre de 1997.

sus principios, y por ende fuente de regulación de otras figuras jurídicas dentro del derecho societario, la protección de los socios minoritarios.<sup>7</sup>

En este sentido, en beneficio del respeto al *status socii* de todos los socios o accionistas, la disposición legal de la Ley 222 de 1995 transcrita al inicio de este acápite exige a los administradores impartir un trato igual tanto a los socios o accionistas que conforman las mayorías controlantes de la sociedad comercial como a aquellos socios o accionistas, o grupo de ellos, que por su capacidad decisoria determinada en atención a los votos de que son titulares dentro del máximo órgano social de dirección, ostentan la condición de minoritarios.

Encontramos que la finalidad de la disposición en comento se dirige a diluir los efectos nocivos de trasladar el antagonismo de conformación de mayorías en el seno del máximo órgano social para la adopción de decisiones, a los órganos de administración y representación legal, limitándose legítimamente sin desconocer sus derechos los alcances del poder económico de las mayorías, imponiéndose a los administradores, por el contrario, la difícil carga de armonizar los intereses de todos los socios o accionistas en beneficio del correcto funcionamiento de la persona jurídica de la sociedad, atendiendo a los fines propuestos.

Cobra esencial importancia para el objeto del presente trabajo de investigación descriptiva, la directriz de conducta exigida a los administradores que aquí se analiza, como quiera que, es frente a los administradores sociales, en atención a su carácter de representantes de la persona jurídica de la sociedad comercial, ante quienes se ejerce en primera instancia los derechos políticos del socio o accionista antes enunciados y analizados, dependiendo de su neutralidad y disposición de colaboración en los términos de los estatutos y el régimen legal societario, el libre y correcto ejercicio de dichos derechos para la protección y efectividad de los intereses económicos del socio o accionista en el ente societario respectivo.

En la parte especial del presente trabajo se explicará con mayor amplitud la preponderancia de la conducta de los administradores frente a las actuaciones que promueven los socios minoritarios en ejercicio de sus derechos políticos y para la protección y efectividad de sus derechos económicos.

Finalmente en atención al énfasis que hace la disposición legal que se analiza en el debido respeto que los administradores deben observar al derecho político de inspección dentro del contexto del trato equitativo a todo los socios o accionistas, debemos manifestar -evidenciada la trascendental importancia que este derecho representa en punto de la preparación de las intervenciones a realizarse en las deliberaciones del máximo órgano social y en la formación del consentimiento para la emisión de los votos a favor o en contra de las propuestas que se someten

---

<sup>7</sup> REYEZ VILLAMIZAR, Op. cit., t. 1. p. 443

a consideración de quienes concurren a las reuniones de ese órgano- que si bien es cierto no solo en materia del ejercicio de este derecho político se debe brindar por parte de la administración un trato igual y no discriminatorio a ciertos socios o grupos de socios, el legislador presta especial atención a crear las condiciones necesarias para su correcto ejercicio, debido a que a partir de la información que el socio o accionista logre adquirir en virtud del mismo puede exigir el trato equitativo al que se refiere dicha disposición legal.

*g) Abstenerse de participar en actividades que impliquen competencia para con la sociedad o que representen conflicto de intereses.*

El numeral 7º del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 antes transcrito contiene una prohibición consagrada en forma de regla general que admite excepción y que se traduce en el cumplimiento de los deberes de diligencia de los administradores y de lealtad de los mismos para con la sociedad.

La primera parte de la prohibición recae no solamente en la celebración de actos o contratos por parte de quien ostenta la calidad de administrador y que impliquen la generación de competencia para las actividades económicas de la sociedad, sin que para violar la prohibición se requiera que dicha competencia sea de la naturaleza de aquella calificada por la ley como competencia desleal, sino que también abarca la celebración de actos o contratos por intermedio de terceros o a favor de estos que represente la competencia descrita.

La segunda parte de la misma prohibición se refiere a la concurrencia excluyente de los intereses personales del administrador, ya sea que se presenten en forma directa o en forma indirecta a través de la intermediación de un tercero, y los intereses de la persona jurídica de la sociedad comercial.

En efecto, la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de sus funciones al determinar el alcance de la disposición legal en comento, definió el conflicto de interés como aquella situación en la que *“no es posible la satisfacción simultánea de dos intereses a saber: el radicado en cabeza del administrador y el de la sociedad, bien porque el interés sea de aquel o de un tercero”*.<sup>8</sup>

Mencionábamos que la disposición legal en comento contiene una prohibición en forma de regla general que admite excepción, como quiera que la misma permite la celebración de dichos actos o negocios jurídicos de competencia o de eventual conflicto de intereses, previa actuación diligente del administrador consistente en el aviso y la entrega de toda la información correspondiente del acto o negocio al

---

<sup>8</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Circular Externa 20, 4 de noviembre de 1997

máximo órgano social con el fin de obtener su autorización, la cual se debe impartir atendiendo a dos criterios imperativos, cuales son:

a) La decisión de autorización del máximo órgano social se debe adoptar con el voto favorable de la mayoría de los votos que pueden emitir quienes asisten a la reunión excluyendo los votos que se encuentren en cabeza del o los administradores que solicitan la autorización; reunión que obviamente se debe realizar atendiendo a las reglas de convocatoria y observando las disposiciones legales sobre la materia.

b) Para evitar que la autorización otorgue la apariencia de normalidad a operaciones contrarias a intereses de la sociedad, el supuesto de hecho de la norma que permite la celebración de los actos o negocios jurídicos en cuestión exige que en todo caso la autorización solamente puede ser otorgada por el máximo órgano social cuando no se cause perjuicio a los intereses de la sociedad.

Para finalizar el análisis de las directrices de conducta derivadas de los deberes de buena fe, lealtad y diligencia, antes vistos, propios del régimen legal de los administradores, queremos poner de presente que en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 que ya transcribimos, expresamente aparecen consagradas en estricto sentido, dos prohibiciones a los administradores, que son las contenidas en el numeral 5º y en el numeral 7º, el cual acabamos de comentar.

**1.3.3 Inhabilidades de los administradores.** Encontramos en el régimen mercantil colombiano las siguientes inhabilidades consagradas para los administradores sociales y contenidas en los siguientes artículos del Código de Comercio que pasamos a transcribir:

En *primer* lugar aparece la imposibilidad para que las personas que de conformidad con la ley ostentan la calidad de administradores accedan o acepten poderes o mandatos especiales para representar partes de interés, cuotas sociales o acciones cuya titularidad corresponda a personas distintas, estableciéndose como excepción a la inhabilidad, la representación legal de dicho titular; tal situación se presenta en los casos del padre o la madre que comparece a las reuniones del máximo órgano social para representar las cuotas o partes de que es titular su hijo, en los eventos en que el administrador ejerce como guardador de persona incapaz que ostenta la condición de socio o accionista en la sociedad que administra y cuando el administrador de la sociedad a su vez tiene a su cargo la representación legal de otra persona jurídica que tiene participación en el capital de la sociedad respectiva.

En efecto el inciso primero del artículo 185 del Código de Comercio establece lo siguiente:

*ART. 185.—Salvo los casos de representación legal, los administradores y empleados de la sociedad no podrán representar en las reuniones de la asamblea o junta de socios acciones distintas de las propias, mientras estén en ejercicio de sus cargos, ni sustituir los poderes que se les confieran.*

(...)

En *segundo* lugar, encontramos que a un administrador, miembro de junta o consejo directivo alguno no le es permitido legalmente integrar en dicha condición y en forma simultánea, mas de cinco juntas directivas de sociedades comerciales por acciones, luego de haber aceptado dicho número de designaciones.

En este sentido dispone el artículo 202 del Código de Comercio lo siguiente:

*ART. 202.—En las sociedades por acciones, ninguna persona podrá ser designada ni ejercer, en forma simultánea, un cargo directivo en más de cinco juntas, siempre que las hubiere aceptado.*

*La Superintendencia de Sociedades sancionará con multa hasta de diez mil pesos la infracción a este artículo, sin perjuicio de declarar la vacancia de los cargos que excedieren del número antedicho.*

*Lo dispuesto en este artículo se aplicará también cuando se trate de sociedades matrices y sus subordinadas, o de éstas entre sí.*

**1.3.4 Incompatibilidades de los administradores.** No obstante el régimen legal societario, y dentro de este las disposiciones de la Ley 222 de 1995 referente a los administradores sociales, no consagran expresamente catálogo alguno de las incompatibilidades de los administradores, encontramos en el inciso segundo del anteriormente citado artículo 185 del Código de Comercio, disposición especialmente aplicable a los mismos y que les impide, sin excepción, en consideración a su calidad, votar los estados financieros que ordinaria y periódicamente son sometidos a consideración de los socios o accionistas en reunión del máximo órgano social.

Dicha disposición legal, es del siguiente tenor:

Inciso 2º del artículo 185 del Código de Comercio:

*“Tampoco podrán votar los balances y cuentas de fin de ejercicio ni las de liquidación.”*

La consagración de esta incompatibilidad encuentra fundamento en la inconveniencia que representa el hecho que preparadas y presentadas las cuentas y estados financieros por parte de los administradores para el escrutinio o examen de los socios y accionistas, sean ellos mismos quienes procedan a su aprobación, pues como antes se ha mencionado dicho acto de aprobación de cuentas incumbe principalmente a los socios o accionistas que no intervienen directamente en la administración de la sociedad.

En síntesis, la incompatibilidad a la que nos venimos refiriendo impide que en materia contable y financiera de las compañías comerciales, sean los administradores jueces y partes en el examen de la información que interesa a los socios o accionistas y a terceros, entre ellos al Estado.

No obstante lo anterior, frente a la situación jurídica y económica en que todos los socios o accionistas de una sociedad comercial en particular ostenten la calidad de administradores, la Superintendencia de Sociedades sostiene, con buen criterio, que por sustracción de materia corresponde a los mismos aprobar las cuentas y estados financieros que ellos mismos han preparado, de acuerdo a la mayorías exigidas en los estatutos en armonía con la Ley.

De otro lado encontramos la prohibición a los administradores para adquirir acciones en las sociedades comerciales en que su capital se encuentra dividido en estas, entre tanto se encuentren en ejercicio de su cargo, salvo en ejercicio del derecho de preferencia inherente a sus propias acciones.

Dicha prohibición y la salvedad a la misma se encuentran en el artículo 404 del Código de Comercio, en los siguientes términos:

*ART. 404.—Los administradores de la sociedad no podrán ni por sí ni por interpuesta persona, enajenar o adquirir acciones de la misma sociedad mientras estén en ejercicio de sus cargos, sino cuando se trate de operaciones ajenas a motivos de especulación y con autorización de la junta directiva, otorgada con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, excluido el del solicitante, o de la asamblea general, con el voto favorable de la mayoría ordinaria prevista en los estatutos, excluido el del solicitante.*

*Los administradores que infrinjan esta prohibición serán sancionados con multas hasta de cincuenta mil pesos que impondrá la*

*Superintendencia de Sociedades, de oficio o a petición de cualquier persona y, además, con la pérdida del cargo.*

De acuerdo a las facultades sancionatorias de la Superintendencia de Sociedades, las multas a imponer por la inobservancia de esta prohibición van hasta la cuantía equivalente a doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

## 2. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS SOCIOS MINORITARIOS EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES.

Constituye el objeto de investigación en el presente trabajo de grado el régimen jurídico de participación y protección a los socios minoritarios en los diferentes tipos de sociedades comerciales previstos en el ordenamiento jurídico colombiano, razón por la cual, la parte especial del mismo se dedicará desde un enfoque descriptivo a darle relevancia a las actuaciones que para un asociado o un grupo de socios o accionistas minoritarios le es posible promover con fundamento en la legislación mercantil vigente, ante el ente social, bien sea en el seno del máximo órgano de la sociedad o en las relaciones que establezca frente a los administradores sociales, ante la entidad estatal de inspección y control social o ante la jurisdicción ordinaria.

Para tal fin es menester abordar en primer lugar la noción de “socio minoritario” y sus características; retomaremos el análisis de los derechos políticos del socio o accionista para la promoción y protección de sus derechos económicos, pero en esta ocasión desde el punto de vista de las diferentes figuras jurídicas e instrumentos legales consagrados en el ordenamiento jurídico colombiano en favor del socio o accionista minoritario.

Perfilado el anterior marco teórico jurídico nos propondremos aplicarlo, para efectos prácticos, a algunos de los tipos sociales que consagra expresamente nuestro régimen jurídico de las sociedades comerciales.

### 2.1 SOCIO MINORITARIO

Corresponde ahora adentrarnos en la conceptualización y consideración de la situación jurídica en que se encuentran los socios con participación minoritaria en el capital social o que no forman parte de la administración en las sociedades comerciales.

**2.1.1 Noción.** Como lo hemos dado a entender al referirnos al derecho al voto del socio o accionista, cuando éste o un grupo de ellos, cuya participación en el capital social o cuya calidad especial dentro de los estatutos sociales disminuye su capacidad de decisión a través del ejercicio de dicho derecho, y encuentra dificultades para conformar las mayorías en el seno del máximo órgano social para adoptar las decisiones trascendentales en la vida de la sociedad comercial,

entendemos que ostenta la calidad de socio minoritario, sin importar el número de sujetos de derecho que se encuentran en esa condición.

En este sentido podríamos definir al socio minoritario como al sujeto de derecho que ostenta la condición de socio o accionista en una sociedad comercial, cuya participación en el capital social, individualmente considerada o en reunión con la de otros socios o accionistas, con quienes comparte criterios de administración y desarrollo del objeto social del ente empresarial, no alcanza a conformar el porcentaje de decisión entendido como mayoría en el máximo órgano social, para hacer valer sus criterios y consideraciones en la expresión de la voluntad de la persona jurídica que constituye la sociedad.

Por consiguiente y a *contrario sensu*, aquel socio o accionista, o grupo de ellos que sin necesidad de acudir a la disuasión de socios o accionistas en atención a su participación en el capital social, le es posible imponer sus criterios de administración y desarrollo del objeto social como la voluntad de la persona jurídica del ente societario, son considerados como socios o accionistas mayoritarios.

**2.1.2 Características.** A partir de la definición antes brindada de socio minoritario nos es posible distinguir como características de dicha condición del socio o accionistas dentro de la estructura societaria, las siguientes:

a) *Se encuentra vinculado a la sociedad comercial en calidad de socio.*

En efecto, como es obvio, al ser los socios minoritarios una especie del género socio de toda sociedad comercial, todo socio o accionista, o grupo de ellos, que se califiquen como minoritarios dentro de determinada sociedad comercial ostentan el *status socii*.

Lo anterior implica que exista un aporte al fondo social por parte del socio o accionista y que se haga parte del contrato social, ya sea por haber participado en la constitución de la sociedad o porque se adhiere a dicho contrato en virtud de cesión de cuotas, acciones o interés social alguno.

b) *La participación de esta clase de socios en el capital social es inferior a la de los demás o algunos de los socios de la sociedad y representa una limitante en la capacidad decisoria al momento de formar la voluntad del ente social.*

Lo anterior significa que el aporte al que nos referíamos en la característica anterior, por el valor económico asignado no tiene la relevancia que reconoce la estructura de la sociedad al aporte de otro u otros socios o accionistas, razón por

la cual al traducirse, en la mayoría de los casos de los tipos societarios, dicha participación en el capital social en el número de votos de que es titular el socio o accionista en las reuniones del máximo órgano social, en el que como se ha dicho se adoptan las decisiones más importantes de la vida de la sociedad comercial, el socio o accionista minoritario encuentra dificultades para conformar las mayorías que exigen los estatutos o la ley para la aprobación de las propuestas que presenta y que contienen sus criterios de administración y dirección del ente social.

*c) Esta clase de socios o accionistas disiente de los criterios de dirección y administración de los socios que representan la mayoría de las participaciones en el capital social.*

En este sentido queremos significar que es característica del socio o accionista minoritario, para considerarse tal, no solo matemáticamente sino funcionalmente dentro de la sociedad comercial, que no se encuentre de acuerdo con las directrices de dirección y administración proyectadas por aquellos que por si solos o al agruparse reúnen las mayorías previstas en los estatutos o en la ley para convertir dichas directrices en la voluntad de la persona jurídica de la sociedad comercial.

Lo antes dicho encuentra validez en el hecho de que no obstante la minoría aritmética o porcentual que represente la participación de un socio o accionista en el capital social, si el mismo comparte las directrices y criterios de administración expuestos en el máximo órgano social para la adopción de las decisiones mas importantes en la vida de la sociedad comercial, estaría siendo parte de las mayorías dentro de dicho órgano y no ameritaría llegar a clasificarlo como socio o accionista minoritario para ninguna de las finalidades jurídicas y económicas que persigue el ordenamiento jurídico con las normas que contienen los instrumentos de que goza esta clase especial de socios.

## **2.2 MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE SOCIOS MINORITARIOS**

Como lo anunciamos, nos corresponde ahora en la parte especial del presente trabajo de investigación formativa y de naturaleza descriptiva, retomar el análisis de los derechos políticos del socio o accionista a partir del enfoque de aquellos instrumentos o mecanismos de protección consagrados en el ordenamiento jurídico colombiano y cuyo ejercicio conviene en alto grado a los sujetos de derecho que como asociados en sociedades comerciales se encuentran en condiciones adversas frente a las mayorías que determinan la voluntad del ente social, a los cuales hemos conceptualizados como socios minoritarios.

**2.2.1 cuociente electoral.** El primer mecanismo de protección de los derechos económicos de los socios minoritarios, el cual cobra vida al momento del ejercicio del derecho político de voto con ocasión de la elección de órganos colegiados de administración, cual junta directiva, comisión asesora, consejo de dirección o consejo directivo, es el sistema electoral del cuociente electoral.

Sin duda alguna, la finalidad perseguida con dicho sistema de elección es garantizar la representación de los intereses de las minorías dentro de las organizaciones en las cuales no todos sus integrantes comparten el mismo criterio en las decisiones que los afectan.

En este sentido se puede decir que el sistema de elección de cuociente electoral, democráticamente posibilita la pluralidad de criterios y la discusión de posiciones frente a diversas materias de interés general a partir de la visión que ostentan los sujetos integrantes de la organización que se encuentran en disímiles situaciones en el ejercicio de sus derechos y del poder.

Para la materia que nos ocupa, enmarcada objetivamente en las sociedades comerciales colombianas, la legislación mercantil nacional, en el Código de Comercio, consagra y ordena la utilización del sistema de elección del cuociente electoral en los siguientes términos:

*ART. 197. —Siempre que en las sociedades se trate de elegir a dos o más personas para integrar una misma junta, comisión o cuerpo colegiado, se aplicará el sistema del cuociente electoral. Este se determinará dividiendo el número total de los votos válidos emitidos por el de las personas que hayan de elegirse. El escrutinio se comenzará por la lista que hubiere obtenido mayor número de votos y así en orden descendente. De cada lista se declararán elegidos tantos nombres cuantas veces quepa el cuociente en el número de votos emitidos por la misma, y si quedaren puestos por proveer, éstos corresponderán a los residuos más altos, escrutándolos en el mismo orden descendente. En caso de empate de los residuos decidirá la suerte.*

*Los votos en blanco sólo se computarán para determinar el cuociente electoral. Cuando los suplentes fueren numéricos podrán reemplazar a los principales elegidos de la misma lista.*

*Las personas elegidas no podrán ser reemplazadas en elecciones parciales, sin proceder a nueva elección por el sistema del cuociente electoral, a menos que las vacantes se provean por unanimidad.*

De la norma transcrita y del origen de este sistema electoral podemos explicar que la elección mediante este sistema consiste en suplir o abastecer los cargos que componen un órgano compuesto por más de un integrante, de acuerdo a la votación obtenida por las postulaciones reunidas ordenadamente en listados compuestos por personas, cuyo número de integrantes no supera el del número de cargos que componen el órgano colegiado a elegir.

Los listados en competencia deben obtener un número de votos determinado igual a aquel que se establezca como el “cuociente” –término aritmético derivado de la operación de división y que más adelante se explica- para acceder a cada uno de los cargos.

Sin embargo en caso de no reunir una lista determinada un número de votos a favor igual o superior al establecido como cuociente, y quedando aún cargos por proveer o abastecer de titular, para acceder a los mismos debe obtener como “residuo” –término aritmético que también se deriva de la operación de división- un número superior al obtenido como tal por los demás listados postulados.

La pluralidad de miembros del órgano a elegir, que sirve de fuente para la aplicación del cuociente electoral, lleva a denominar a los mismos como órgano colegiado, y los cargos que se derivan del órgano colegiado a elegir como curules, adoptando terminología de la práctica política.

En este sentido indica la norma transcrita que para determinar el cuociente es necesario realizar la operación aritmética de división en la que la cifra que es sometida a esta operación es el número total de votos válidos dividiéndose entre el número de curules o cargos a proveer en el respectivo órgano colegiado.

Sobre el particular se debe tener en cuenta que expresamente la norma ordena contabilizar los votos en blanco al momento de establecerse la votación total válida que pasa a dividirse entre el número de cargos a proveer.

El resultado es conocido como el “cuociente electoral” y éste corresponde al número de votos con cargo al cual adquiere la lista representación en uno de los cargos del cuerpo colegiado, toda vez que la misma norma indica que de cada listado de personas se declararán elegidas un número de personas cuantas veces se encuentre comprendida la cifra establecida como cuociente electoral en el número total de votos obtenidos por la misma.

En este orden de ideas si el número de votos obtenido por la lista lo permite, es posible que salgan elegidas en el orden en que aparece el listado de las personas aspirantes a los cargos dos o más personas pertenecientes a una misma lista para ocupar dos o más curules o cargos.

En igual forma puede ocurrir que en una elección de un cuerpo colegiado bajo este sistema ninguno de los listados obtenga un número de votos igual al establecido como el cuociente electoral y que por esta razón de cada una de las listas con mayor votación resulte elegido el primero de sus integrantes en atención a la jerarquía que de mayor a menor se pueda establecer entre las votaciones obtenidas por los listados, consideradas todas ellas como residuos resultantes.

En un escenario mixto en el que se reúnan las circunstancias de que algunos listados alcancen a cumplir con el cuociente electoral establecido y que con los otros no ocurra tal suerte, se asignan las primeras curules a aquellos listados que puedan cumplir con el número de votos exigidos por el cuociente y quedando puestos por suplir, abastecer o proveer en el respectivo órgano colegiado objeto de elección, los mismos serán asignados a los listados que realizada la división del número de votos obtenidos entre la cifra que resulta de la división inicial como cuociente, cuentan con los residuos más altos en orden descendente.

Es claro también que ya sea que solo quede una curul por proveer o que todas las curules se vayan proveer por residuo, al obtener dos o más listados un residuo o un número de votos igual, para asignar la o las respectivas curules pendientes por proveer se debe acudir al azar.

Finalmente, consideramos que la norma transcrita al hacer referencia a la forma como se adelanta el escrutinio incurre en error, pues de las acepciones que de este vocablo trae el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, establecemos que el escrutinio se predica de la totalidad de los votos emitidos con el fin de determinar la validez de los mismos y de establecer cuántos de los mismos ha obtenido cada una de los listados de aspirantes a los cargos del cuerpo colegiado

Para mayor ilustración respecto de los términos aritméticos involucrados en el sistema de elección que nos ocupa, nos permitimos identificarlos en una operación aritmética de división en la siguiente forma:

$$\begin{array}{l} \text{(Dividendo)} 128 \div 5 \text{ (Divisor)} = 25 \text{ (Cuociente)} \\ \quad \quad \quad 28 \\ \quad \quad \quad 3 \text{ (Residuo)} \end{array}$$

En este orden de ideas pasamos a explicar con un ejemplo la aplicación del cuociente electoral en la elección de Junta Directiva de una sociedad anónima compuesta por cinco (5) miembros principales y cinco (5) suplentes personales de conformidad con el artículo 434 del Código de Comercio.

Número de acciones en que se divide el capital suscrito: 130.000  
 Número de votos emitibles: 130.000

Número de cargos a proveer: Cinco (5) y sus respectivos suplentes.

### LISTADOS INSCRITOS

#### Listado No. 1

<i>PRINCIPALES</i>	<i>SUPLENTES</i>	<i>ORDEN</i>
Wilson Carpintero	Charles Pérez	Primer renglón
Omar Rodríguez	Iván López	Segundo renglón
Gabriel Fernández	Andrés Pérez	Tercer renglón
Bonner Mosquera	Luis Zapata	Cuarto renglón
Rafael Robayo	Martín García	Quinto renglón

#### Listado No. 2

<i>PRINCIPALES</i>	<i>SUPLENTES</i>	<i>ORDEN</i>
Luis Martínez	Eulín Carabalí	Primer renglón
Nelson Flórez	Víctor Cortés	Segundo renglón
Luis Yánez	David Montoya	Tercer renglón
Leíder Preciado	Nelson Oliveira	Cuarto renglón
Juan Carlos Ramírez	Carlos Ortiz	Quinto renglón

#### Listado No. 3

<i>PRINCIPALES</i>	<i>SUPLENTES</i>	<i>ORDEN</i>
Wason Rentería	Anuar Guerrero	Primer renglón
Oscar Córdoba	Freddy Grisales	Segundo renglón
Carlos Valderrama	Mauricio Serna	Tercer renglón
Adolfo Valencia	Iván Valenciano	Cuarto renglón
Faustino Asprilla	Anthony de Avila	Quinto renglón

Número de votos efectiva y válidamente emitidos: 120.000

Resultado del siguiente escrutinio:

<i>LISTADO</i>	<i>VOTOS</i>
Listado No. 1:	37.000
Listado No. 2:	65.000
Listado No. 3:	17.500
Votos en blanco:	500
Total votos válidos:	120.000

Cuociente Electoral: 24.000  
 Resultado de dividir el número total de votos válidos (120.000) entre el número de cargos existentes en la Junta Directiva (5).

Con fundamento en la anterior información, pasamos a otorgar los cargos en la siguiente forma:

<i>Listado</i>	<i>Cargos por cuociente</i>	<i>Equivalencia en votos de cargos obtenidos por cuociente</i>	<i>Residuo</i>	<i>Cargos por residuo</i>	<i>Total cargos obtenidos</i>
Listado No. 1	1	24.000	13.000	0	1
Listado No. 2	2	48.000	17.000	1	3
Listado No. 3	0	0	17.500	1	1
Votos en blanco	-	-	500	0	0
Total	3	72.000	48.000	2	5

En consecuencia, en el presente ejemplo resultarían elegidos como miembros de la Junta Directiva las siguientes personas:

#### MIEMBROS PRINCIPALES

Wilson Carpintero	Primer Renglón
Luis Martínez	Segundo Renglón
Nelson Flórez	Tercer Renglón
Luis Yánez	Cuarto Renglón
Wason Rentería	Quinto Renglón

#### MIEMBROS SUPLENTE

Charles Pérez	Primer Renglón
Eulín Carabalí	Segundo Renglón
Víctor Cortès	Tercer Renglón
David Montoya	Cuarto Renglón
Anúar Guerrero	Quinto Renglón

Atendiendo al carácter imperativo de la norma antes transcrita y contentiva de la orden de aplicar el sistema de cuociente electoral en toda elección de órganos colegiados dentro de las sociedades comerciales, y en consideración de la finalidad de la misma, la cual a nuestro criterio envuelve el orden público económico, sin lugar a duda en caso de no aplicarse este sistema electoral en la

situación indicada, dicha decisión o elección del órgano competente se encuentra viciada de nulidad, cuya declaratoria es procedente promover ante las autoridades jurisdiccionales en la forma que más adelante se explicará en la presente parte especial de este trabajo de grado.

Lo anterior sin desconocer la existencia de la posibilidad, en virtud de la misma norma, de suplir uno sólo de los cargos, o parcialmente algunos de ellos, de un órgano colegiado dentro de las sociedades comerciales, sin dar aplicación al sistema electoral cuando el órgano social al que le compete la elección lo hace por unanimidad con el voto favorable de quienes asisten con derecho a voto a la respectiva reunión.

Finalmente queremos llamar la atención en que afortunadamente en beneficio de las minorías societarias, con ocasión de la reforma constitucional política surtida en el año 2003, la cual extinguió de nuestro sistema democrático la aplicación exclusiva del cuociente electoral para otorgar los curules en las corporaciones públicas implementando el sistema de umbrales y cifra repartidora, la Superintendencia de Sociedades mediante el concepto emitido en el oficio número 220-001552 de fecha 21 de enero de 2004, ha sostenido que el cuociente electoral como mecanismo expresamente establecido en el Código de Comercio para las sociedades comerciales, continúa siendo plenamente aplicable.

Adicionalmente el principio de unidad de voto impide que los accionistas titulares de varias acciones voten por distintas listas con el fin de restar efectividad al mecanismo del cuociente electoral en beneficio de la representatividad de las minorías en los órganos sociales de integración plural.

De esta forma queda expuesto el primer mecanismo legalmente consagrado para la promoción y protección de los derechos de los socios minoritarios.

**2.2.2 Pluralidad de socios en la adopción de decisiones del máximo órgano social.** La pluralidad de socios o accionistas en la adopción de decisiones dentro del máximo órgano social obedece a la misma naturaleza de las reuniones que posibilitan el cumplimiento de las funciones de dicho órgano.

En este sentido sería ilógico hablar de reunión del máximo órgano social a la cual sólo acude un sujeto del grupo de quienes potencialmente son asistentes a la misma ya sea personalmente o a través de representante constituido de conformidad con la Ley.

Así como es requisito esencial del contrato de sociedad la pluralidad de sujetos intervinientes en el acuerdo de voluntades que da vida al nuevo ente jurídico, no se concibe Junta de Socios o Asamblea General de Accionistas compuesta en el primer caso por un solo socio o por un solo accionista en el segundo caso.

Lo anterior lo consideramos con fundamento en el régimen legal de las sociedades comerciales, no obstante el desafortunado cambio de doctrina que ha vivido la Superintendencia de Sociedades al distinguir entre pluralidad física o pluralidad jurídica, distinción que permitiría la celebración del máximo órgano social con la presencia de una sola persona, siempre y cuando en ella concurra la representación de cuotas o acciones cuya titularidad corresponda a más de un socio o accionista.<sup>1</sup>

Sobre el particular, se refieren varios artículos del Código de Comercio y el artículo 68 de la Ley 222 de 1995, norma rectora de las mayorías en la Asamblea General de Accionistas de las sociedades anónimas, en los siguientes términos:

*ART. 302. —Las reuniones de la junta de socios y las decisiones de la misma se sujetarán a lo previsto en el contrato social. A falta de estipulación expresa, podrá deliberarse con la mayoría numérica de los asociados cualquiera que sea su aporte, y podrán adoptarse las decisiones con el voto de no menos de la misma mayoría, salvo las reformas del contrato, que requerirán el voto unánime de los socios.*

*ART. 359. —En la junta de socios cada uno tendrá tantos votos cuantas cuotas posea en la compañía. Las decisiones de la junta de socios se tomarán por un número plural de socios que represente la mayoría absoluta de las cuotas en que se halle dividido el capital de la compañía. En los estatutos podrá estipularse que en lugar de la absoluta se requerirá una mayoría decisoria superior.*

*ART. 429. —Modificado. Ley 222/95, ART. 69. Reuniones de segunda convocatoria. Si se convoca a la asamblea y ésta no se lleva a cabo por falta de quórum, se citará a una nueva reunión que sesionará y decidirá válidamente con un número plural de socios cualquiera sea la cantidad de acciones que esté representada. La nueva reunión deberá efectuarse no antes de los diez días ni después de los treinta, contados desde la fecha fijada para la primera reunión.*

*Cuando la asamblea se reúna en sesión ordinaria por derecho propio el primer día hábil del mes de abril, también podrá deliberar y decidir válidamente en los términos del inciso anterior.*

---

<sup>1</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Memorando DAL-039 del 11 de julio de 1988 mediante el cual mutó la tesis de la imposibilidad de celebrar reuniones del máximo órgano social de un número mínimo de dos personas.

*En las sociedades que negocien sus acciones en el mercado público de valores, en las reuniones de segunda convocatoria la asamblea sesionará y decidirá válidamente con uno o varios socios, cualquiera sea el número de acciones representadas.*

*ART. 68. Ley 222 de 1995 —Quórum y mayorías. La asamblea deliberará con un número plural de socios que represente, por lo menos, la mitad más una de las acciones suscritas, salvo que en los estatutos se pacte un quórum inferior.*

*Con excepción de las mayorías decisorias señaladas en los artículos 155, 420 numeral 5º y 455 del Código de Comercio, las decisiones se tomarán por mayoría de los votos presentes. En los estatutos de las sociedades que no negocien sus acciones en el mercado público de valores, podrá pactarse un quórum diferente o mayorías superiores a las indicadas.*

En las normas transcritas queda evidenciada la necesidad física y jurídica para que en las reuniones del máximo órgano social de las sociedades colectivas, de responsabilidad limitada y anónimas acuda mas de un socio o accionista, para que en primer lugar se entiendan celebradas tales y para que en segundo lugar las decisiones que se adopten dentro de las mismas tengan la validez necesaria para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

En lo que se refiere a las sociedades en comandita, encontramos que de la esencial coexistencia de dos clases de asociados, estos son los gestores y los comanditarios, se convierte en indispensable requisito para las reuniones del máximo órgano social que concurren socios o accionistas que hagan parte de ambas clases de asociados, configurándose así la exigencia de la pluralidad para la existencia y validez de las reuniones de dicho órgano.<sup>2</sup>

Es indiscutible que la exigencia de pluralidad de socios o accionistas en las reuniones del máximo órgano social en las sociedades comerciales reporta superlativa importancia para los socios minoritarios o grupo de ellos, toda vez que hace imperioso para socio mayoritario alguno contar con su asistencia y participación en las reuniones del máximo órgano social para que sea posible adoptar las decisiones que le interesan a él y a la sociedad comercial.

Al igual que sucede en el caso del desconocimiento de la norma imperativa que exige la aplicación del cuociente electoral, todas las decisiones que se deriven de supuestas reuniones del máximo órgano social al cual no exista constancia que ha

---

<sup>2</sup> Código de Comercio, Op. cit., artículos 336, 340 y 359.

asistido más de un socio o accionistas se encuentran viciadas de nulidad y su decreto puede ser promovido ante la autoridad jurisdiccional competente en la forma que más adelante se detallara con fundamento en la inexistencia de dichas reuniones.

**2.2.3 Ejercicio del derecho de inspección.** Afirmamos al abordar el análisis de este derecho político de todo socio o accionista, que su ejercicio es el camino que le permite informarse y documentarse sobre la situación económica, jurídica, financiera y administrativa de la sociedad, y en especial, sobre los asuntos a discutir en el seno del máximo órgano social, de tal suerte que hace posible encaminar el ejercicio del derecho de voto en la dirección conveniente para los intereses de la sociedad y de sus asociados.

En ese sentido, encontrándose en la mayoría de los casos los socios o accionistas minoritarios separados de la directa administración y representación legal de la sociedad, el control de quienes la ejercen y la verificación de la información que brindan dependen en gran medida del correcto y oportuno ejercicio del derecho de inspección.

Es así como si bien es cierto que el derecho de inspección es un derecho político de titularidad de todo socio o accionista, no lo es menos que ante la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los socios minoritarios para impedir que los administradores realicen maniobras que atenten contra la continuidad y prosperidad de su inversión en la sociedad comercial, el derecho de inspección se erige en la herramienta para identificar y denunciar irregularidades en aras de su supresión y corrección.

Constituye el núcleo esencial de este derecho la facultad de examinar los libros y papeles de la sociedad comercial con el fin de enterarse de la situación económica, jurídica y administrativa de la misma, dentro de las limitaciones establecidas en la ley, referentes a la oportunidad y materia de documental a examinar, quedando la ampliación de su alcance a la reglamentación precisa pactada en los estatutos sociales.

De lo anterior se desprende, que ante la realidad jurídica de que la consagración legal de este derecho se circunscribe a los estados financieros básicos y sus anexos, la promoción y efectividad de este derecho en cabeza del socio o grupo de socios minoritarios, dependerá de su precisa y oportuna regulación en los estatutos de la sociedad, preferiblemente pactándolo al momento de la constitución de la sociedad y ampliándose su campo de acción, siempre teniendo en cuenta que con dichas disposiciones estatutarias el ejercicio del mismo derecho no se convierta en obstáculo para la ejecución de las actividades económicas ordinarias de la sociedad comercial.

En este sentido, la ampliación del campo de acción en el ejercicio del derecho de inspección radicaría, en primer lugar, en la adición al listado de documentación o información, contenido en el antes transcrito artículo 446 del Código de Comercio, norma que determina los anexos del balance general como estado financiero básico de la Compañía, adición que permitiría en virtud de la autonomía de la voluntad de los asociados identificar aquella información no prevista en la citada norma y que atendiendo al objeto social de la compañía sirve para establecer la situación económica, jurídica y administrativa del ente social.

En segundo lugar, la ampliación del campo de acción del ejercicio del derecho de inspección abarca la especificación del procedimiento a seguir para el examen de la información y documentación, quedando clara la fórmula para la autorización de la expedición de copias u obtención de duplicados de cualquier clase de documento, el número máximo de representantes que puede designar cada socio o accionista, el funcionario administrativo que dentro del período establecido en la Ley atenderá las peticiones del asociado o su representante y los criterios que contablemente permitan establecer si con el pretexto de ejercer el derecho de inspección se incurre en auditoría individual alguna, la cual se encuentra doctrinariamente censurada.

En este orden de ideas, planteamos que en los estatutos sociales de cada tipo social el ejercicio del derecho de inspección se reglamente de tal suerte que se reduzca la discrecionalidad de los administradores en los aspectos que puedan llegar a vulnerar la esencia del mismo derecho, estableciéndose en punto de equilibrio distinto al desconocimiento de dicho derecho o el abuso del mismo mediante reprochables pretensiones de obstrucción a la actividad de los administradores o de coadministración.

Las anteriores consideraciones y recomendaciones resaltan la importancia que representa para un socio minoritario el correcto ejercicio del derecho de inspección, toda vez que de una parte le permite documentarse sobre la forma como se adelanta la administración de la sociedad y el resultado de su gestión, suministrándole elementos de juicio y argumentos a exponer mediante su participación en las reuniones del máximo órgano social, en aras de proponer y lograr la disuasión para aprobar ajustes a dicha forma de administración, y de otro lado evita que el abuso en el ejercicio del derecho de inspección con ocasión de caprichosas interpretaciones de las normas que en términos generales lo consagran, ubiquen al socio, que de esa forma lo ejerce, como enemigo y perturbador de la gestión social, en las relaciones indispensables con los demás socios o accionistas y entre asociados y administradores sociales.

Finalmente, debemos poner de presente que la efectividad del derecho de inspección, encuéntrese o no reglamentado estatutariamente, en todo caso es perseguida por la legislación mercantil vigente, al establecer sanción por la vulneración de este derecho al impedirlo u obstruirlo administrador alguno, y por la

inactividad del Revisor Fiscal, cuando legal o estatutariamente existe el órgano de fiscalización privada dentro de la estructura de la sociedad comercial.

En efecto, el inciso tercero del artículo 48 de la Ley 222 de 1995, establece lo siguiente:

(...)

*Los administradores que impidieren el ejercicio del derecho de inspección o el Revisor Fiscal que conociendo de aquel incumplimiento se abstuviere de denunciarlo oportunamente, incurrirán en causal de remoción. La medida deberá hacerse efectiva por la persona u órgano competente para ello o, en subsidio, por la entidad gubernamental que ejerza la inspección, vigilancia o control del ente.*

Con fundamento en lo anterior, el socio o accionista se encuentra facultado para solicitar ante el órgano social nominador de los cargos de representación legal y de revisoría fiscal, la remoción de éstos por incumplimiento de sus deberes, frente a lo cual probada la falta consideramos que no queda otra clase de consideración o decisión distinta a la de acceder a la petición de remoción.

Acertadamente la norma autoriza la intervención de la Superintendencia de Sociedades, pues como la práctica lo demuestra, es evidente la necesidad de una expedita intervención de esa entidad gubernamental cuando el trámite de dicha petición ante los órganos sociales se torna engorrosa, y más aún en casos de situaciones apremiantes para el ejercicio del derecho de inspección como ocurre en las sociedades anónimas donde recordemos que el período mínimo legal para el ejercicio de éste derecho es de los quince (15) días hábiles que anteceden a la fecha de la reunión de Asamblea General de Accionistas en que se sometan a consideración y aprobación estados financieros.

Al respecto, más adelante nos adentraremos en el análisis especial de este trámite cuando tratemos las actuaciones de los socios minoritarios ante la Superintendencia de Sociedades, como instrumento de promoción y protección de sus derechos.

Como corolario de lo anterior, también ponemos de presente que con fundamento en el artículo 433 del Código de Comercio, norma correspondiente al título de las sociedades anónimas, el desconocimiento del derecho de inspección que adicionalmente aparece consagrado en el inciso final del artículo 422 del mismo estatuto mercantil, disposiciones aplicables también por remisión de los artículos 347 y 352 ibídem, a las sociedades en comandita por acciones, implica la ineficacia de las decisiones que en materia de aprobación o improbación de estados financieros se generen en las asambleas generales de accionistas.

Situación similar prescribe el artículo 13 de la Ley 222 de 1995, sancionando con la ineficacia, las decisiones de fusión, escisión y transformación que adopte el máximo órgano social sin la observancia de la publicidad exigida en la misma norma de las bases del proyecto de tales decisiones, y en cierta forma sin permitir el especial derecho de inspección que de dicha publicidad se deriva.

Teniendo en cuenta que la ineficacia de conformidad con los principios de existencia, validez, eficacia y oponibilidad de los actos y negocios jurídicos contenidas en el Código de Comercio no requiere de declaración de autoridad jurisdiccional alguna, lo procedente en estos casos para los intereses de los socios minoritarios es oponer tal fenómeno cuando quiera que se les quiera obligar a cumplir cualquiera de las decisiones antes referenciadas y adoptadas con ocasión del desconocimiento del derecho de inspección, siendo otra alternativa, como se explicará más adelante, solicitar a la Superintendencia de Sociedades que reconozca el acaecimiento de los supuestos de hecho de la ineficacia en estos casos.

De esta forma queda planteada la importancia del derecho de inspección para los socios minoritarios o grupos de ellos y los efectos jurídicos de su desconocimiento, consagrados por el legislador a favor de los mismos, oponibles por parte de ellos frente a la sociedad comercial y terceros.

**2.2.4 Ejercicio del derecho de retiro.** Otro mecanismo de protección de los derechos económicos del socio o grupo de socios minoritarios es el ejercicio del derecho de retiro en los casos de transformación, fusión o escisión de la sociedad comercial de la que forman parte, en los términos de la citada Ley 222 de 1995 y de los estatutos sociales, cuando evidentemente dichas decisiones de reforma estatutaria son aprobadas por las mayorías que no integran.

Como lo planteamos al exponer el contenido de este derecho político, aspiramos en beneficio de los socios minoritarios, que siendo claro objetivamente de acuerdo al régimen legal de las sociedades comerciales en Colombia cuando se genera una mayor responsabilidad para los asociados de acuerdo al tipo social adoptado, en los estatutos sociales se precisen las presuntas causales de desmejora de los derechos patrimoniales de los socios o accionistas enunciados en el parágrafo del artículo 12 de la mencionada Ley, los cuales no admiten pacto en contrario aunque sí prueba en dicho sentido por consistir en presunciones legales, y que de otro lado en los mismos estatutos se estipulen las adicionales pertinentes al contexto de la actividad económica desplegada por el ente social en particular y otras tales como los desproporcionados aumentos de capital que conviertan en minoritarios a socios o accionistas que en principio se encuentran en igualdad de condiciones con los demás, el cambio sustancial del objeto social y el cambio del domicilio al exterior.

Presupuesto *sine qua non* para ejercer este derecho es el carácter de ausente de la reunión del máximo órgano social en el que se adoptó la decisión de transformación, fusión o escisión, o de disidente de dicha decisión que debe acreditar el socio minoritario, evidentemente superado por las mayorías proponentes y partidarias de dichas trascendentales reformas estatutarias.

Encontrándose en esta condición el socio o accionista minoritario se encuentra facultado para comunicar su decisión de receso o de retiro al representante legal de la persona jurídica de la sociedad dentro de los ocho días hábiles siguientes a la fecha de la reunión del máximo órgano social en la que se adoptó la decisión de transformación, fusión y escisión, dicha comunicación debe cumplir con la formalidad de constar por escrito de conformidad con la exigencia contenida en el artículo 14 de la Ley 222 de 1995, la cual una vez cumplida genera la perfección del ejercicio de este de derecho frente a la sociedad.

Las controversias que se susciten entre el socio o accionista que comunica su retiro y la sociedad comercial de la cual se pretende dejar de formar parte, en punto de la configuración o no de la causal legal o estatutaria que faculta al socio o accionista para tal acto, deben ser puestas en conocimiento y resueltas por la Superintendencia de Sociedades en virtud del inciso 3º del citado artículo 14 de la Ley 222 de 1995 excluyéndose ese trámite cuando dentro de los estatutos para estos efectos se ha consagrado cláusula compromisoria.

Sobre las particularidades de dicho trámite profundizaremos al comentar las actuaciones de los socios minoritarios frente a la Superintendencia de Sociedades como mecanismo de protección de sus derechos.

Siguiendo con el trámite que le corresponde imprimir al representante legal de la sociedad una vez notificada la comunicación del derecho de retiro y aceptada la misma, por considerarse configurada la causal legal o estatutaria respectiva, dentro de los cinco días hábiles siguientes a dicha notificación se debe proceder a la oferta de las acciones, cuotas o intereses sociales a los demás socios o accionistas para que estos las adquieran dentro de los quince días hábiles siguientes si esa es su voluntad, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 222 de 1995, generándose el derecho a acrecer para los socios o accionistas en la preferencia para hacer ejercicio de la opción de compra cuando uno de ellos no lo haga.<sup>3</sup>

Ante la negativa de los demás socios o accionistas para adquirir las acciones cuotas o partes de interés del socio o accionista que se retira, la misma norma citada alternativamente ordena que debe ser considerada la readquisición por la

---

<sup>3</sup> REYEZ VILLAMIZAR, Op. cit., t. 2, p. 219

sociedad dentro de los cinco días hábiles siguientes al término de los 15 días a que antes hicimos referencia, la cual por obvias razones debe ser aprobada por el máximo órgano social.

En las dos situaciones antes descritas, el precio de las acciones, cuotas sociales o partes de interés debe ser acordado por las partes, esto es entre el socio o accionista que se retira y los demás socios o accionistas de la sociedad comercial, o entre el socio o accionista que se retira y la persona jurídica de la sociedad, en caso de discrepancia sobre el valor de las mismas debe acudirse al avalúo efectuado por peritos cuya designación está a cargo de la Superintendencia de Sociedades<sup>4</sup> y cuyo dictamen es de obligatorio acatamiento.

Lo anterior evidencia el esfuerzo del legislador para hacer efectiva la restitución anticipada de los aportes del socio o accionista que se retira, loable medida que se debe a la expedita intervención de peritos con el fin de que al socio o accionista recedente se le pague en corto tiempo el precio que como justo se establezca para sus acciones, cuotas sociales o partes de interés.

Finalmente, no existiendo interés por parte de los demás socios o accionistas, ni de la persona jurídica de la sociedad para adquirir las acciones, cuotas sociales o partes de interés del socio o accionista que se retira, en los términos del artículo 16 de la Ley 222 de 1995, se debe proceder al reembolso de sus aportes con fundamento en el cual se le entregaron las mismas, surtiéndose la respectiva disminución del capital social.

El valor del reembolso debe ser calculado por mutuo acuerdo entre el socio o accionista que se retira y la persona jurídica de la sociedad, no existiendo acuerdo dicho valor se establecerá mediante la intervención de peritos designados por la Superintendencia de Sociedades que fijarán precio a las acciones, cuotas sociales o partes de interés, si en los estatutos sociales no se ha consagrado método diferente para establecer el valor del reembolso.

Como quiera que ordinariamente quienes ejercen el derecho de retiro, por configurarse los presupuestos establecidos en la ley, son los socios minoritarios, consideramos conveniente a favor de los mismos que como lo induce el inciso 1º del artículo 16 de la Ley 222 de 1995 en los estatutos sociales se precise el método de valuación de las acciones, cuotas sociales o partes de interés para los

---

<sup>4</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Ley 446 de 1998, "Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia", artículo 136.

casos de reembolso anticipado de los aportes con ocasión del ejercicio del derecho de retiro.

Como también lo señala la ley el socio o accionista que se retira tiene derecho a percibir el valor del reembolso dentro de los dos meses siguientes a la fijación del valor del mismo y excepcionalmente la Superintendencia de Sociedades podrá otorgar a la sociedad plazos adicionales no superiores a un año para que se verifique el pago, causándose dentro de dicho plazo adicional intereses bancarios corrientes.

El socio o accionista que se retira de una sociedad comercial debe estar atento a la actuación administrativa que promueva la sociedad comercial ante la Superintendencia de Sociedades con el fin de obtener plazos para el pago del precio de sus acciones, cuotas sociales o partes de interés, para evitar que el mismo haga nugatorio tan importante derecho económico, bajo argumentos de imposibilidad del reembolso por generar riesgos a la estabilidad económica de la sociedad.

En este sentido compartimos la posición del profesor Francisco Reyes Villamizar en punto de que la reducción por reembolso en los casos de retiro de un socio o accionista no debe atender a los criterios que para esta medida establece el artículo 145 del Código de Comercio, como quiera que la estricta regulación del régimen societario contenido en la Ley 222 de 1995 les otorga a los acreedores suficientes garantías para evitar que el reembolso pueda perjudicarlos.<sup>5</sup>

**2.2.5 Ejercicio del derecho a veto.** Constituye el derecho a veto una medida especial de protección que ha consagrado el legislador a favor de los socios o accionistas minoritarios con ocasión de la aprobación de la trascendental reforma estatutaria en que consiste la escisión de una sociedad comercial; medida de protección que se adiciona a las de publicidad del proyecto de la misma y al derecho de información especial de que deben gozar los asociados debido a dicha publicidad, estas dos últimas medidas presentes también en las reformas estatutarias de fusión y transformación, cuyo desconocimiento genera la ineficacia de tales decisiones.<sup>6</sup>

Mediante el ejercicio de este especial derecho el socio o accionista minoritario tiene garantizado que en toda escisión de la sociedad comercial de la cual forma parte, ya sea con ocasión de la creación de nuevas sociedades o de la escisión mediante la absorción de otra ya constituida, su participación en el capital de las

---

<sup>5</sup> REYES VILLAMIZAR, Op. cit., tomo 2, p. 222.

<sup>6</sup> Ibid., p. 196 - 200

sociedades beneficiarias sea equivalente a aquella que ostentan en la sociedad escindida.

Lo antes dicho encuentra fundamento en la especial exigencia que hace la ley de mantener incólume la participación de todos los socios o accionistas en el resultado de las decisiones de reforma estatutaria consistentes en escisiones, consagrando como única excepción la unanimidad de quienes intervienen en la adopción de dichas decisiones dentro del seno del máximo órgano social.

En efecto al definir el artículo 3º de la Ley 222 de 1995 el fenómeno jurídico de la escisión, seguidamente la misma norma consagra la exigencia de la unanimidad para variar, en relación con la sociedad escindida, la participación de los mismos socios o accionistas originarios en las sociedades beneficiarias, generándose a favor del socio o accionista que no forma parte de la mayoría aprobatoria de dicha decisión, la facultad a impedir sus efectos, en los siguientes términos:

*ART. 3º—Modalidades. Habrá escisión cuando:*

*1. Una sociedad sin disolverse, transfiere en bloque una o varias partes de su patrimonio a una o más sociedades existentes o las destina a la creación de una o varias sociedades.*

*2. Una sociedad se disuelve sin liquidarse, dividiendo su patrimonio en dos o más partes, que se transfieren a varias sociedades existentes o se destinan a la creación de nuevas sociedades.*

*La sociedad o sociedades destinatarias de las transferencias resultantes de la escisión, se denominarán sociedades beneficiarias.*

*Los socios de la sociedad escindida participarán en el capital de las sociedades beneficiarias en la misma proporción que tengan en aquélla, salvo que por unanimidad de las acciones, cuotas sociales o partes de interés representadas en la asamblea o junta de socios de la escidente, se apruebe una participación diferente.*

Subrayado fuera de texto.

De la norma transcrita se evidencia que el socio o accionista minoritario que ejerce el derecho a veto, lo debe hacer en atención a las siguientes situaciones jurídico – económicas:

a) Que se encuentre presente en la reunión del máximo órgano social en que se considera el proyecto de escisión, toda vez que el ejercicio del derecho a veto

depende de la configuración o no de la unanimidad en torno a la votación favorable de la propuesta de escisión, y de no encontrarse presente la ausencia no afecta el concepto de unanimidad exigido.

b) Que manifieste su desacuerdo con dicho proyecto en punto de la variación de la participación de que es titular en el capital de la escidente y en relación con la sociedad o sociedades beneficiarias en la operación de escisión, siendo claro que el desacuerdo en otros aspectos del mismo proyecto generan el derecho de retiro pero no el de veto.

**2.2.6 Actuaciones frente a los órganos sociales.** El conjunto de derechos políticos y económicos de los socios o accionistas dentro de una sociedad comercial, expuestos en la parte general de la presente obra de investigación, al igual que los especiales instrumentos jurídicos de que gozan los socios minoritarios derivados de dichos derechos, consagrados en la legislación mercantil societaria vigente, encuentran para su eficacia la necesidad de ejercerlos ordenada y oportunamente atendiendo a la estructura jurídico – económica de la sociedad comercial o a las instancias de autoridades administrativas y jurisdiccionales que concurren a la regulación y control de la misma.

En este sentido encontramos jerarquizados los campos de ejercicio de los mencionados derechos en la realidad jurídico - económica de la sociedad comercial, atendiendo en primer lugar a que el ente societario se estructura a partir de definidos órganos de dirección, administración, representación legal y fiscalización privada.

A su vez la persona jurídica de la sociedad es sujeto de inspección, vigilancia y control de la autoridad administrativa, constitucional y legalmente creada para el efecto, la cual interviene en mayor o en menor grado en cada sociedad comercial, en consideración particular de sus competencias.

Y en este orden de ideas, finalmente encontramos que ante la imposibilidad que dicha entidad administrativa ejerza funciones jurisdiccionales en todos los aspectos atinentes a las relaciones jurídicas entre la sociedad comercial y los asociados que le dan vida, se debe acudir a la jurisdicción ordinaria, en las especialidades civil y penal, como último campo de acción en ejercicio de los citados derechos con el fin de encontrar resolución a las controversias que en materia de vulneración de los derechos de los socios minoritarios se presenten en el transcurso de la vida jurídico – económica de la sociedad comercial y que no haya sido posible superarlas en sede de los órganos de la sociedad comercial y de la autoridad administrativa competente.

Explicado lo anterior, pasamos a ocuparnos de diferentes actuaciones que le es posible adelantar al socio minoritario en ejercicio de los derechos particularmente

identificados y conceptualizados a lo largo de la presente obra, sin que las mismas se constituyan en requisito de procedibilidad para las actuaciones ante las autoridades administrativas o judiciales, y que reportarán beneficio a la efectividad de estas últimas medidas cuando a ellas haya lugar, siendo deseable que en el mejor de los eventos su aplicación permita resolver las contradicciones surgidas con los administradores societarios en el mismo seno del ente social o impidan la vulneración y detrimento de los derechos económicos de los socios o accionistas minoritarios.

**2.2.6.1. Actuaciones ante el máximo órgano social.** Entre las actuaciones que se encuentra facultado para desplegar el socio o accionista minoritario frente al órgano de dirección o máximo órgano social encontramos las siguientes:

*- Verificación del quórum*

Con dicha actuación el socio o accionista minoritario puede identificar el cumplimiento de la exigencia legal o estatutaria, cuando esta última válidamente difiere de la primera, para predicar de una determinada reunión de socios o accionistas que es para los efectos legales y del contrato social una reunión del máximo órgano social, de tal suerte que de no cumplirse ponga esa situación de presente preconstituyendo la prueba necesaria a su favor en caso de suscitarse controversia al respecto.

*- Verificación de la existencia del número de votos necesario para la conformación de las mayorías previstas en los estatutos y en la Ley.*

Por regla general la exigencia por parte del legislador de una mayoría distinta a la ordinaria o simple constituye una medida de protección a los derechos de los socios o accionistas minoritarios, evitando que mayorías precarias o eventuales decidan en contravía de los intereses de la sociedad y de esa clase de socios.

En este sentido como más adelante se explicará, de no alcanzarse una propuesta sometida a la consideración de la junta de socios o de la asamblea general de accionistas el respaldo de los votos requeridos para su aprobación de conformidad con las mayorías exigidas, las decisiones que así se pretendan mostrar frente a la totalidad de los asociados o frente a terceros se encontrarán viciadas.

Por la razón expuesta también reviste gran importancia que de ocurrir el fenómeno afanoso de las mayorías precarias de dar por ciertas, decisiones que se adoptan sin consolidarse el respaldo de los socios o accionistas exigido por la Ley y/o los estatutos, el socio o accionista minoritario disidente se oponga a dicha situación

jurídica y preconstituya la prueba de la misma a fin invocarla en caso de controversia.

*- Constancias de la posición enfrentada a las mayorías y no aceptada por las mismas en asuntos relevantes para la sociedad o de situaciones irregulares.*

En las anteriores actuaciones hemos resaltado la necesidad de preconstituir la prueba sobre las situaciones previstas.

El mejor medio para el logro de dicho fin es dejar constancia, verbalmente o por escrito, prefiriéndose esta última forma en la que conste la recepción de quien asuma las funciones de secretaría en la respectiva reunión, constitutiva o no de junta de socios o de asamblea general de accionistas, generándose la obligación para el designado secretario o secretaria de citarla o transcribirla en la respectiva acta.

De esta forma puede documentarse la síntesis de la posición y argumentos expuestos en las deliberaciones frente a las mayorías constituidas al momento de la votación en materias relevantes para la vida social y la ocurrencia de irregularidades, tales como la indebida o apresurada convocatoria, el desconocimiento del derecho de inspección, el desconocimiento del trámite previsto para ejercitarse el derecho de preferencia, la configuración de causal para el ejercicio del derecho de retiro, el carácter no general de determinadas decisiones adoptadas o simplemente el sentido negativo del voto del socio o accionistas interesado posteriormente en alegar su disidencia respecto de determinada decisión.

*- Formulación de proposiciones sobre la dirección y administración de la sociedad, y propuestas de reformas estatutarias.*

Las reuniones del máximo órgano social constituyen el escenario idóneo para expresar frente a los demás socios o accionistas de la sociedad, mediante la presentación para la consideración de dicho órgano, las propuestas de los socios o accionistas de la sociedad referentes a sus aspiraciones en torno a la forma como se debe dirigir y administrar la sociedad para la consecución de los fines sociales, como también el interés por realizar ajustes, modificaciones o adiciones al contrato de sociedad en atención a su naturaleza eminentemente reglamentaria de la actividad económica adelantada por la sociedad, la cual representa necesidades de regulación por su dinamismo.

*- Exigencia de la aplicación del sistema del cuociente electoral para la designación de órganos colegiados derivados del máximo órgano social.*

Como bien se explicó anteriormente, al constituir el sistema del cuociente electoral la fórmula establecida por el legislador para garantizar la representación de los socios minoritarios y grupo de ellos en la administración de la sociedad, con fundamento en la norma imperativa que consagra la aplicación de dicho sistema en la elección de cuerpo colegiado, los socios que se encuentren en dicha condición deben exigir tal procedimiento en beneficio de sus intereses, siendo claro que, de no accederse a su petición queda viciada la elección por efectuarse en contra de norma imperativa comercial.

*- Exigencia de la distribución del monto mínimo de las utilidades.*

Como se planteó al desarrollar los alcances del derecho económico a la participación de los dividendos o utilidades producidas en el desarrollo del objeto social, el régimen societario legal vigente exige la conformación de una mayoría calificada para que el máximo órgano social autorice la distribución entre los asociados de menos de la mitad de las utilidades obtenidas por la sociedad comercial en el respectivo ejercicio contable, exigencia a todas luces consagrada a favor de la efectividad de este derecho económico para los socios minoritarios.

En así como no conformada la mayoría calificada exigida por la Ley, el socio o accionista minoritario, o grupo de ellos, puede exigir que la distribución entre los asociados de las utilidades no sea inferior al cincuenta por ciento (50%) de las obtenidas por la sociedad en cada ejercicio.

*- Solicitud de reconocimiento de la ocurrencia de causal de disolución y declaración de ésta, cuando dicho fenómeno requiere ser decretado por el máximo órgano social, o para que se conjure dicha causal.*

La ocurrencia de alguna de las causales de disolución generales o especiales previstas en la Ley o en los estatutos, distintas a la del vencimiento del término de duración del contrato social y la de aquellas provenientes de la decisión de autoridad judicial o administrativa competente, debe ser reconocida por el máximo órgano social para que formalmente opere el fenómeno jurídico de la disolución.

Dicho órgano también puede adoptar medidas legales procedentes dentro del término de seis meses para impedir que dicho fenómeno opere y se inicie la etapa liquidatoria del ente social.

En consideración de lo anterior, los socios minoritarios en la adopción de una u otra medida así lo pueden proponer y solicitar ante el máximo órgano social, siendo claro que no siendo procedente conjurar la causal de disolución respectiva, este órgano social debe proceder a decretar la disolución so pena que decisión en

contrario carezca de fundamento legal y se convierta en objeto de acción judicial de impugnación por los socios minoritarios ausentes o disidentes, como más adelante se explicará en el presente trabajo de grado.

*- Postulación de candidatos para ocupar los cargos de elección de la junta de socios o de la asamblea general de accionistas.*

Encontrándose dentro de las competencias del máximo órgano social la designación de las personas que integran los órganos sociales de administración y fiscalización privada, le es permitido a todo socio o accionista, o a los representantes de éstos en la respectiva reunión en la que se efectúe la respectiva elección, postular a las personas que a su criterio deben integrar dichos órganos.

Esta facultad, que debe ser ejercida en el orden previsto en los estatutos sociales y a falta de disposición estatutaria, en la forma que sin desconocer el derecho político a participar en las reuniones del máximo órgano social establezca el designado presidente de la reunión, reporta vital beneficio para los socios o accionistas minoritarios al presentar a consideración de las mayorías el nombre de personas idóneas para integrar dichos órganos, especialmente el de fiscalización privada, con el ánimo de superar con argumentos de profesionalismo las postulaciones con tendencia de preconcebida elección presentadas por las mayorías.

**2.2.6.2. Actuaciones ante el órgano de administración.** Otra clase de actuaciones que puede surtir el socio o accionista minoritario frente al órgano de administración de la sociedad, el cual dependiendo de la estructura del tipo societario puede coincidir con el órgano de representación legal, son las siguientes:

*-Presentación a su consideración de propuestas de administración.*

Como quiera que las funciones del órgano de administración tienden a direccionar la formulación y aplicación de las políticas y estrategias para el más conveniente desarrollo del objeto social de la compañía, los socios o accionistas minoritarios, a través de su representante en dicho órgano, si alcanzan tal posibilidad, o directamente a través de comunicaciones escritas pueden presentar propuestas de administración sugiriéndolas para que luego de su análisis y estudio en el seno de dicho órgano, quines las integran decidan aceptarlas o no.

Lo prudente es que el rechazo a concretas y fundadas propuestas presentadas por los socios minoritarios en determinadas materias de interés para la sociedad comercial, debe estar respaldado por la diligente contradicción de sus integrantes, de tal suerte que el no analizarlas o considerarlas irrelevantes sin mayores

argumentos, permiten el cuestionamiento de su gestión cuando los resultados no son favorables, entre otras causas, por no escuchar a este grupo de socios o accionistas, pues es evidente que la falta de diligencia en el estudio de las propuestas constituye incumplimiento de las conductas rectoras exigidas a los administradores, antes expuestas, el cual es generador de responsabilidad para los mismos.

*- Solicitud de convocatoria a reunión del máximo órgano social.*

En las sociedades comerciales en las que el órgano de administración es obligatorio, legalmente se establece la posibilidad de que el mismo convoque a reuniones extraordinarias del máximo órgano social.

En este sentido, dentro del contexto de las relaciones humanas y de carácter societario entre los socios o accionistas y los directivos que integran el órgano de administración, indirectamente los socios minoritarios pueden requerir a dicho órgano, para que reunido en forma de junta directiva o consejo directivo, considere la necesidad y viabilidad de convocar a una reunión de carácter extraordinario del máximo órgano social para abordar el análisis de las materias propuestas por dicho grupo de asociados, en atención a las competencias de la junta de socios o asamblea general de accionistas, y la ausencia de facultades para que el órgano de administración las resuelva.

*-Provisión de vacantes en el órgano de representación legal.*

Dentro de la estructura de las sociedades comerciales, la existencia del órgano de administración como exigencia legal conlleva el otorgamiento de la facultad de designar a la o las personas que integrarán el órgano de representación legal.

Por lo anterior con ocasión de la vacancia de los cargos de representación legal, el socio o accionista minoritario, o grupo de ellos, interesados en que dicha situación sea superada en beneficio del desarrollo de las actividades de la sociedad comercial, pueden solicitar que se proceda a la inmediata designación de quienes reemplazaran a las personas que venían ejerciendo dichos cargos, efectuándose la respectiva inscripción del documento en que consta ese acto en el registro mercantil correspondiente.

*- Remoción del cargo de las personas que se desempeñan como representantes legales.*

Con el mismo fundamento expuesto para el adelantamiento de la actuación inmediatamente antes expuesta, corresponde al órgano de administración bajo el

principio de libre remoción de los administradores, derivado de la prohibición legal de pactar en los estatutos cláusulas de inamovilidad o de exigencia de mayorías calificadas para la remoción de quienes ocupan cargos de elección del máximo órgano social o del órgano de administración, decidir sobre la continuidad o suspensión del ejercicio del cargo de quienes integran el órgano de representación legal o de otros funcionarios administrativos de su elección.

En ese orden ideas, el socio o accionista minoritario, o grupo de ellos, motivadamente y con el ánimo de convencer a los integrantes del órgano de administración, pueden solicitar que se proceda a la remoción de dichos administradores y a la designación de sus reemplazos.

**2.2.6.3. Actuaciones ante el órgano de representación legal.** Las específicas actuaciones consagradas en la legislación mercantil societaria vigente del socio o accionista frente al órgano de representación legal son las siguientes:

*-Solicitud de convocatoria al máximo órgano social.*

Igual que como ocurre con el órgano de administración el legislador concedió fundadamente a los representantes legales de las sociedades comerciales, además de la facultad de realizar la convocatoria para las reuniones ordinarias del máximo órgano social dentro de los parámetros legales y estatutarios, la facultad de convocar a reuniones extraordinarias del mismo órgano.

En este sentido, asistiéndole a algún socio o accionista, o grupo minoritario de ellos, interés para que el máximo órgano social considere una propuesta específica cuya discusión sólo le compete a dicho órgano, y ante la situación jurídica de no reunir el nivel de participación social exigido por los estatutos o la Ley para convocar directamente o para que la autoridad administrativa estatal acceda a la petición de convocatoria, es procedente elevar solicitud ante dicho funcionario de la sociedad para que proceda a la convocatoria a reunión extraordinaria del máximo órgano social en que se discuta la materia propuesta o para previamente se anuncia a los demás socios o accionistas la existencia de una propuesta a discutir en la reunión ordinaria.

Es conveniente que en la respectiva solicitud se sustente la importancia y relevancia de la celebración de la reunión y advertir los efectos nocivos de no convocarse, de tal suerte que si la negativa del administrador genera perjuicio a la sociedad o a los peticionarios, quede establecida la relación causal entre su conducta omisiva y dichos perjuicios, relación generadora de responsabilidad para el respectivo administrador que ejerce la representación legal y que se encuentra facultado para efectuar la convocatoria que se le solicita.

*- Solicitud de convocatoria a reunión de la Junta o Consejo Directivo cuando el mismo exista como órgano de administración.*

Con el mismo fundamento expuesto para actuación anteriormente analizada como procedente por parte del socio o accionista minoritario, o grupo de ellos, frente al órgano de representación legal, siendo la materia propuesta por parte de ellos para su consideración urgente por el órgano de administración por corresponder a sus competencias, bajo los mismos criterios que recomendamos elevar la petición de convocatoria a la que nos referimos también en la actuación anterior, es procedente que se le solicite la convocatoria a reunión extraordinaria del órgano de administración, denominése junta directiva o consejo directivo, al funcionario de la sociedad que ejerce su representación legal.

*- Solicitud de permitir el examen de la documentación e información comprendida en el objeto sobre el que recae el derecho de inspección.*

Convocados los socios o accionistas de una sociedad comercial por el representante legal de la misma para reunión ordinaria del máximo órgano social, la preparación de la documentación sobre la que recae el derecho de inspección y la obligación de permitir el ejercicio de dicho derecho sobre la misma corresponde al mencionado funcionario a cargo de quien se encuentra por regla general la convocatoria.

En este orden de ideas, los socios o accionistas minoritarios, o grupo de ellos, caracterizados por no formar directamente parte en la administración de la sociedad y por esta razón con menor acceso a la información que deben conocer para emitir su voto fundado sobre los estados financieros en la respectiva reunión del máximo órgano social, se encuentra legitimado para exigirle al representante legal de la sociedad que se le permita y facilite el ejercicio del derecho de inspección.

El ejercicio del derecho de inspección sobre la información que legalmente el mismo recae, se encuentra protegido al grado que, como se advirtió al abordar el análisis de dicho derecho político y como se expondrá mas adelante, el desconocimiento por parte del representante legal de la sociedad o cualquier otro administrador es causal legal de remoción.

*- Solicitud de publicación de la información atinente a los proyectos de reforma estatutaria de transformación, fusión y escisión.*

En la discusión y aprobación por parte del máximo órgano social de las trascendentales reformas estatutarias de transformación, fusión y escisión,

actualmente la Ley consagra precisas exigencias de convocatoria y publicidad, antes referidas, constitutivas en nuestro criterio de un especial derecho de inspección que permite al socio o accionista no partícipe de la formulación de las bases del proyecto de la respectiva reforma estatutaria conocerla para respaldarla u oponerse a la misma fundamentadamente.

De esta forma, también siendo responsabilidad del representante legal de la sociedad comercial el cumplimiento de los mencionados requisitos y el debido ejercicio del que denominamos especial derecho de inspección, es apenas lógico que al mismo acudan los socios o accionistas para conocer los proyectos y bases respectivas.

La omisión de tales actos que el régimen societario expresa y tácitamente impone al administrador que ejerce la representación legal es generadora de responsabilidad para el mismo de conformidad con el artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

*- Solicitud de copias certificadas de las actas de reuniones del máximo órgano social y de los demás órganos colegiados de la sociedad.*

Las actas constituyen prueba suficiente de las discusiones y decisiones adoptadas por los órganos sociales.

Por esa razón el conocimiento de las decisiones cuya obligatoriedad se presume para los administradores y asociados, por haberse adoptado de conformidad con la Ley y los estatutos, sólo ocurre mediante su publicación u otorgamiento de copias a quienes acreditando un interés en la sociedad se ven afectados con los actos que en ellas constan.

En este sentido, si bien es cierto, no existe norma mercantil que expresamente consagre esta obligación a cargo del representante legal de la sociedad y que de las normas del derecho de inspección bajo una interpretación restrictiva cuestionable es posible inferir que los administradores no tienen legalmente la obligación de entregar a los socios copia de ningún documento de la Compañía, también lo es que la Superintendencia de Sociedades ha conceptuado y considerado que dicho acto constituye una obligación para el representante legal cuando se trate de propiciar el ejercicio del derecho de acción dirigido a la impugnación de las decisiones adoptadas, sometiéndose a la discusión su legalidad presunta ante la autoridad jurisdiccional competente.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio No. 220-028156 de fecha 11 de junio de 2005, en el que se cita concepto en el que se expresó “siempre que se trate de discutir ante autoridad competente la autenticidad o legalidad de una acta o la ejecución de

En todo caso, en punto de la obtención de copias de las actas de los órganos sociales con fines de prueba dentro de procesos judiciales, y entre ellos el de impugnación de las decisiones sociales que en ellas consten, alternativamente consideramos procedente, de conformidad con los artículos 283 y 284 del Código de Procedimiento Civil, la solicitud del trámite de exhibición de documentos para probar la existencia y los términos de la decisión viciada.

**2.2.6.4. Actuaciones ante el órgano de fiscalización privada.** Ante el órgano de fiscalización privada, entiéndase Revisor Fiscal, el socio o accionista se encuentra facultado para:

*-Solicitud de su intervención para que cesen actuaciones contrarias a la Ley, a los Estatutos y a las decisiones del máximo órgano social por parte de los administradores.*

Se resumen las funciones del Revisor Fiscal en la de hacer seguimiento a la actividad privada desarrollada por el ente social a través de sus órganos de dirección, administración y representación legal, verificando que el mismo en sus aristas jurídica, contable, administrativa y económica se ajuste al ordenamiento jurídico, a los estatutos y a las decisiones que dentro del orden jerárquico existente en la estructura de la sociedad han adoptado armónicamente esos mismos órganos sociales.

En atención a lo anterior es imperativo para el Revisor Fiscal, en cumplimiento de sus funciones legales y de la finalidad que inspira la consagración de las mismas, requerir al respectivo órgano para que corrija las irregularidades que se presenten., reportando ante el máximo órgano social y ante la autoridades la existencia de dichas situaciones cuando no se han corregido o cuando por su magnitud y gravedad corresponde conocerlas a la autoridad administrativa o judicial competente.

En este sentido los socios o accionistas minoritarios cumpliendo una labor de colaboración con el órgano de fiscalización privada, en interés propio y para el logro de los fines propuestos con la existencia de dicho órgano, al identificar la ocurrencia de una situación irregular en las actividades desarrolladas por los administradores sociales es conveniente reportarla al Revisor Fiscal con el ánimo que, este de acuerdo con las facultades legales y estatutarias, requiera la subsanación de dicha situación a los administradores involucrados,

---

las decisiones allí consignadas, es deber del administrador prestar su colaboración para lograr la certeza y la protección de los derechos de los interesados”

individualizando dicho requerimiento en consideración a las funciones a cargo de cada uno de ellos.

Como quiera que ordinariamente la designación del Revisor Fiscal corre por cuenta de las mismas mayorías que designan a los administradores, la independencia de dicho funcionario se ve altamente afectada, pues efectivamente la permanencia en su cargo, en razón del carácter revocable de su elección, depende de los mismos socios o accionistas que, en la mayoría de los casos coincidentemente, han designado a los administradores cuya conducta vigilan.

Debido a lo anterior, queremos también dejar en claro que si bien es cierto el Revisor Fiscal no ostenta legalmente la calidad de administrador, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en la facultad otorgada por el numeral 3º del artículo 86 de la Ley 222 de 1995, la cual ejerce el Superintendente Delegado para la Inspección, Vigilancia y Control de conformidad con el literal e) del numeral 16 del artículo 8º del Decreto 1080 de 1996, en concordancia con el artículo 211 del Código de Comercio que consagra la responsabilidad del Revisor Fiscal frente a la sociedad y a los asociados, puede imponerle multas sucesivas al representante del órgano de fiscalización por omisión en cumplimiento de sus funciones, situación que se configuraría cuando denunciada por los socios o accionistas minoritarios una situación irregular para que el Revisor Fiscal intervenga y éste no actúa en ejercicio de sus funciones.

*- Solicitud del informe de auditoría de los estados financieros que se someterán a consideración y aprobación del máximo órgano social.*

Es función especial del Revisor Fiscal rendir el respectivo informe al máximo órgano social al considerarse la aprobación de los estados financieros.

Dicho informe constituye su dictamen sobre el examen y auditoría de los estados financieros que respalda el acto de suscripción de los mismos por parte del Revisor Fiscal.

Los socios o accionistas minoritarios con fundamento en la obligación del Revisor Fiscal de cumplir con sus funciones legales, se encuentran facultados para exigirle que oportunamente rinda su informe y dictamen, como quiera que el mismo es un documento sobre el que recae el ejercicio del derecho de inspección, dada su importancia para otorgar o no la credibilidad que debe acompañar la presentación de los estados financieros a los asociados.

En relación con la consecuencia jurídica derivada del hecho de que el Revisor Fiscal suscriba y dictamine favorablemente estados financieros contrarios a la realidad contable y económica de la sociedad, debemos precisar que dicha conducta genera responsabilidad penal en los términos del artículo 43 de la Ley

222 de 1995 y de la legislación en materia de derecho penal, cuya trascendencia en el régimen societario más adelante analizaremos.

- *Solicitud de certificación sobre la composición accionaria en las sociedades por acciones.*

Más adelante pondremos de presente la necesidad de acreditar ante las autoridades determinados niveles de participación en el capital social para promover actuaciones administrativas ante la entidad que ejerce la inspección, vigilancia y control sobre las sociedades comerciales.

Ante dicho requisito, más dispendioso de cumplir en las sociedades de capitales en las que el nombre y nivel de participación de los accionistas no es de público conocimiento, existiendo certeza de que esa información se contiene en el libro de registro de accionistas, y en consideración a la función del Revisor Fiscal referente a la colaboración debida para con la autoridad administrativa de inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales, los socios o accionistas interesados en promover dichas actuaciones pueden acudir al Revisor Fiscal para que en atención a su acceso permanente los libros y documentos de la sociedad, expida la certificación correspondiente al nivel de su participación en el capital social.

**2.2.7 Actuaciones ante la superintendencia de sociedades.** Como se ha anunciado y evidenciado a través del presente trabajo de investigación, la intervención de la autoridad administrativa de inspección, vigilancia y control, Superintendencia de Sociedades, es de vital importancia para garantizar la efectividad de los derechos políticos y económicos de los socios minoritarios, cuando no obstante su invocación y ejercicio frente a la sociedad comercial, por obstinación de sus administradores su reconocimiento se ven en entredicho, erigiéndose dicha Entidad en la representante del Estado que debe velar por la seguridad jurídica y económica de esta clase de asociados.

La Superintendencia de Sociedades es la entidad pública de carácter técnico, actualmente adscrita al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, mediante la cual el Presidente de la República de Colombia ejerce la inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles, así como las facultades que le señala la Ley en relación con otras personas jurídicas o naturales.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1080 de 1996, "Por el cual se reestructura la Superintendencia de Sociedades y se dictan normas sobre su administración y recursos.

En efecto la función pública administrativa que cumple la Superintendencia de Sociedades encuentra fundamento constitucional en el numeral 24 del Artículo 189 de la Carta Política, el cual dispone:

*ART. 188. – Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:*

*(...)*

*24. Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles.*

*(...)*

Dicha disposición constitucional encuentra desarrollo legal en materia de las sociedades comerciales a través del artículo 82 de la Ley 222 de 1995, en la siguiente forma:

*ART. 82. — Competencia de la Superintendencia de Sociedades. El Presidente de la República ejercerá por conducto de la Superintendencia de Sociedades, la inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales, en los términos establecidos en las normas vigentes.*

*También ejercerá inspección y vigilancia sobre otras entidades que determine la ley. De la misma manera ejercerá las funciones relativas al cumplimiento del régimen cambiario en materia de inversión extranjera, inversión colombiana en el exterior y endeudamiento externo.*

Dentro del marco normativo inmediatamente antes transcrito compartimos el criterio expuesto por el profesor Francisco Reyes Villamizar, en el sentido que dichas funciones de inspección, vigilancia y control en cabeza del Presidente de la República y desplegadas a través de la Superintendencia de Sociedades, en los términos del artículo 82 de la Ley 222 de 1995 y de los artículos 1º y 2º del Decreto 1080 de 1996, deben ser ejercidas en armonía y aplicación de los “*principios constitucionales de libertad de empresa e iniciativa privada, (Const. Pol., artículo. 333), buena fe (artículo 83, ibídem), colaboración armónica de las ramas del poder público (artículo 113), facultades jurisdiccionales a cargo de entidades*

*administrativas (artículo 116), e intervención del Estado en la economía (artículo 334), entre otros*<sup>9</sup>.

A partir de la expedición de la Ley 222 de 1995 fueron precisadas las funciones de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades, atribuyendo nuestro legislador variadas facultades a esa Entidad distinguiendo claramente tres grados de intervención en la actividad económica de las sociedades mercantiles, que de menor a mayor intensidad obedecen a las modalidades de (i) inspección, (ii) vigilancia y (iii) control.

Al respecto la Honorable Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente:

*“En efecto, la ley prohija la distinción entre los conceptos de inspección, vigilancia y control, cada uno de los cuales apareja un repertorio de facultades que la Superintendencia de Sociedades podrá ejercer, según el supuesto de que se trate y dependiendo, de manera primordial, de la magnitud de las dificultades que la sociedad sometida a fiscalización presente.*

*Así, mientras que la inspección comporta una leve y ocasional injerencia en las sociedades comerciales no vigiladas por la Superintendencia de Sociedades, con el fin de confirmar y analizar información sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa o sobre operaciones específicas; la vigilancia entraña un seguimiento permanente acompañado de facultades de más hondo calado, respecto de las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias y para velar por que en la formación, en el funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social se ajusten a la ley y a los estatutos (Cf. artículos 83 y 84 de la ley 222 de 1995).*

*La noción de control, introducida por el artículo 85 de la ley 222 de 1995, involucra atribuciones de mayor intensidad, ejercitables por la Superintendencia de Sociedades siempre que cualquier sociedad comercial no vigilada por otra superintendencia atraviese por una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo que haga indispensable la adopción de correctivos enderezados a subsanarla.*

*Es suficiente el anterior repaso para arribar a la conclusión de que la fiscalización gubernamental que, con base en la preceptiva reseñada, cumple la Superintendencia de Sociedades es paulatina y tiene en cuenta el estado de la sociedad fiscalizada, ya que dependiendo del*

---

<sup>9</sup> REYES VILLAMIZAR, Op. cit., tomo 1, p. 485.

*grado de dificultad en que se halle se determina la intensidad del escrutinio y, de acuerdo con ello, del catálogo de facultades normativamente señaladas se escogen las que han de ser aplicadas, todo con miras a que se consolide un propósito de recuperación y conservación de la empresa “como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo”, según se lee en la exposición de motivos del pertinente proyecto de ley. [Ley 222 de 1995]*

*Entre mayor sea el nivel de gravedad que la Superintendencia de Sociedades, en uso de sus atribuciones, pueda detectar, más contundentes resultan los mecanismos de acción con que la entidad cuenta para tratar de superar la situación que, cuando es crítica autoriza la asunción de las atribuciones propias del estadio de control, siendo todavía viable, dentro del esquema de gradualidad comentado, la implementación de medidas de diverso signo, dependiendo de las posibilidades de recuperación que el análisis concreto de la sociedad muestre.”<sup>10</sup>*

En este orden de ideas y consultadas las definiciones que de cada una de las modalidades de intervención de la Superintendencia de Sociedades y de las funciones que en cada una de ellas autoriza y desarrolla la Ley 222 de 1995, bajo el criterio constitucional de que la intervención estatal en la actividad económica privada obedece a competencias regladas<sup>11</sup> establecidas por el legislador, identificamos las características jurídicas de cada una de las modalidades de intervención y encontramos las actuaciones administrativas procedentes en cada una de ellas y que los socios minoritarios pueden promover debida y legítimamente, las cuales pasamos a exponer.

**2.2.7.1 En funciones de inspección.** Consagra el artículo 83 de la Ley 222 de 1995, lo siguiente:

*ART. 83.— Inspección. La inspección consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional, y en la forma, detalle y términos que ella determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa de cualquier sociedad comercial no vigilada por la Superintendencia Bancaria o sobre operaciones específicas de la*

---

<sup>10</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 233 de 1997. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

<sup>11</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL. Constitución Política. Bogotá, 1991 (Gaceta Constitucional ; no. 116 y no.127), art. 6º.

*misma. La Superintendencia de Sociedades, de oficio, podrá practicar investigaciones administrativas a estas sociedades.*

De esta norma contentiva de la modalidad de menor intensidad de intervención estatal, se identifican las siguientes características de la *inspección* que ejerce de la Superintendencia de Sociedades sobre las sociedades comerciales:

a) Recae sobre todas las sociedades comerciales, excepto sobre aquellas sometidas a la intervención estatal en el grado de vigilancia de la Superintendencia Bancaria, estas son las que desarrollan actividades financieras u otras restrictivas como la bursátil y aseguradora, y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público.

Esto significa que la inspección de la Superintendencia de Sociedades recae también sobre sociedades comerciales sometidas al control de otras Superintendencias o al control de Superintendencias distintas a la Superintendencia Bancaria, tales como la de Valores, de Puertos, de Servicios Públicos Domiciliarios, de Vigilancia y Seguridad Privada, y la Nacional de Salud.

b) Es ejercida en forma temporal y ocasional, razón por la que constituye una función potencial a ejercer respecto de todas las sociedades comerciales sometidas a inspección.

c) Esta función de la Superintendencia de Sociedades consiste en la facultad de requerir a la sociedad comercial, para que a través de sus órganos reporten la información solicitada dentro de los términos fijados por la misma Entidad, para confirmar la existente en sus registros o para someterla a análisis.

d) La información solicitada se circunscribe a la situación jurídica, contable, económica y administrativa de la sociedad comercial, a partir de la cual la Superintendencia de Sociedades logra formarse el criterio suficiente para ordenar las medidas que estime pertinentes.

e) En virtud de la función de inspección y con fundamento en la información obtenida, ya sea con ocasión de los reportes que le son rendidos o con ocasión de las visitas realizadas a las sociedades comerciales, la Superintendencia de Sociedades se encuentra facultada para iniciar de oficio investigaciones administrativas a las mismas sociedades mercantiles objeto de inspección, tendientes a identificar irregularidades y sus responsables, ordenando en todo caso y dentro de las posibilidades legales, su subsanación.

Dichas investigaciones de oficio son adelantadas sin perjuicio, de que, como se analizará más adelante, también se inicien a petición de un grupo de socios o accionistas o del Revisor Fiscal, y de otro lado pueden las mismas concluir con la decisión de someter, mediante acto administrativo de carácter particular, a la sociedad comercial a una modalidad de intervención estatal de mayor intensidad como ocurre con la de vigilancia.

De lo anteriormente planteado se derivan puntuales actuaciones a promoverse por parte de los socios minoritarios cuando en las sociedades en que participan se encuentra dentro del régimen general de inspección por no encontrarse sometida dicha sociedad a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, estas son algunas de las medidas idóneas que pueden proponer esta clase de socios a la Superintendencia de Sociedades:

1. Obtener oportunamente información contable que de ordinario se encuentran en derecho de conocer a efectos de aprobar o improbar estados financieros.
2. Verificar la información contable y administrativa con el ánimo de evidenciar irregularidades detectadas por dichos socios que afecten sus derechos económicos a percibir utilidades o dividendos y/o que vayan en detrimento del derecho a la restitución de sus aportes en consideración a su participación en el capital social.
3. Solicitar a la Superintendencia de Sociedades requerir de los administradores información respecto de sus actuaciones, con la cual se permita establecer que se ha incurrido en (i) abuso de los órganos sociales en desconocimiento de los derechos de los asociados o en violación grave y/o reiterada de las normas legales o estatutarias, (ii) que han suministrado al público o las autoridades administrativas información que no se ajusta a la realidad de la sociedad, (iii) que no se lleva contabilidad de conformidad con los principios y normas contables generalmente aceptadas, y (iv) que han celebrado en representación de la sociedad operaciones económicas y negocios jurídicos no comprendidos dentro del objeto social.

Lo anterior con el fin que demostrada ante la Superintendencia de Sociedades la ocurrencia de tales irregularidades, el Superintendente mediante acto administrativo particular y concreto someta a la sociedad al grado de intervención administrativa permanente de vigilancia, estadio en el cual, como se explicará a continuación, las facultades de dicha Entidad son de mayor intensidad y por ende los fines perseguidos por los socios interesados en dicha intervención se hacen realizables.

4. Reportar el desconocimiento o impedimento de ejercicio en el derecho de inspección por no facilitársele la información sobre la que el mismo recae y/o la inactividad del Revisor Fiscal frente a la denuncia presentada por el respectivo socio o accionista con ocasión de dicha conducta reprochable por parte de administrador alguno, dirigida a la aplicación de la sanción de remoción en los términos del inciso 3º del artículo 48 de la Ley 222 de 1995.

5. Solicitar la intervención de la Superintendencia de Sociedades para que resuelva las controversias que se susciten frente a la configuración de causal para el ejercicio del derecho de retiro, con fundamento en los argumentos y las pruebas que así permiten determinarlo.

**2.2.7.2 En funciones de vigilancia.** En materia de *vigilancia* como modalidad de intervención de la Superintendencia de Sociedades en las sociedades comerciales, y de las facultades que en virtud de la misma ostenta esta autoridad administrativa, dispone la Ley 222 de 1995 lo siguiente:

*ART. 84.—Vigilancia. La vigilancia consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para velar por que las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos. La vigilancia se ejercerá en forma permanente.*

*Estarán sometidas a vigilancia, las sociedades que determine el Presidente de la República. También estarán vigiladas aquellas sociedades que indique el superintendente cuando del análisis de la información señalada en el artículo anterior o de la práctica de una investigación administrativa, establezca que la sociedad incurre en cualquiera de las siguientes irregularidades:*

*a) Abusos de sus órganos de dirección, administración o fiscalización, que impliquen desconocimiento de los derechos de los asociados o violación grave o reiterada de las normas legales o estatutarias.*

*b) Suministro al público, a la superintendencia o a cualquier organismo estatal, de información que no se ajuste a la realidad.*

*c) No llevar contabilidad de acuerdo con la ley o con los principios contables generalmente aceptados.*

*d) Realización de operaciones no comprendidas en su objeto social.*

*Respecto de estas sociedades vigiladas, la Superintendencia de Sociedades, además de las facultades de inspección indicadas en el artículo anterior, tendrá las siguientes:*

- 1. Practicar visitas generales, de oficio o a petición de parte, y adoptar las medidas a que haya lugar para que se subsanen las irregularidades que se hayan observado durante la práctica de éstas e investigar, si es necesario, las operaciones finales o intermedias realizadas por la sociedad visitada con cualquier persona o entidad no sometida a su vigilancia.*
- 2. Autorizar la emisión de bonos de acuerdo con lo establecido en la ley y verificar que se realice de acuerdo con la misma.*
- 3. Enviar delegados a las reuniones de la asamblea general o junta de socios cuando lo considere necesario.*
- 4. Verificar que las actividades que desarrolle estén dentro del objeto social y ordenar la suspensión de los actos no comprendidos dentro del mismo.*
- 5. Decretar la disolución, y ordenar la liquidación, cuando se cumplan los supuestos previstos en la ley y en los estatutos, y adoptar las medidas a que haya lugar.*
- 6. Designar al liquidador en los casos previstos por la ley.*
- 7. Autorizar las reformas estatutarias consistentes en fusión y escisión.*
- 8. Convocar a reuniones extraordinarias del máximo órgano social en los casos previstos por la ley.*
- 9. Autorizar la colocación de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto y de acciones privilegiadas.*
- 10. Ordenar la modificación de las cláusulas estatutarias cuando no se ajusten a la ley.*
- 11. Ordenar la inscripción de acciones en el libro de registro correspondiente, cuando la sociedad se niegue a efectuarla sin fundamento legal.*

Con fundamento en lo anterior, pasamos a exponer las principales características del contexto y las condiciones jurídicas en que se desarrollan las funciones de *vigilancia* de la Superintendencia de Sociedades, en los siguientes términos:

a) La Superintendencia de Sociedades ejerce vigilancia sobre sociedades comerciales no sometidas a la vigilancia de ninguna otra Superintendencia, tales como la Superintendencia Bancaria, de Valores, de Puertos, de Servicios Públicos Domiciliarios, de Vigilancia y Seguridad Privada, y la Nacional de Salud.

b) Las funciones de vigilancia de la Superintendencia de Sociedades en principio no recaen sobre todas las sociedades comerciales legalmente constituidas en Colombia sino que a este grado de intervención administrativa se encuentran sometidas determinadas sociedades comerciales de acuerdo a los siguientes criterios:

- Las que determine el Presidente de la República mediante Decreto.

Con fundamento en este criterio legal actualmente se encuentran sometidas a vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, en consideración al monto de sus activos o de sus ingresos en un período contable<sup>12</sup> o por encontrarse en situaciones especiales como la de que alguno de sus activos esté vinculado dentro de proceso de extinción de dominio<sup>13</sup>, actualmente ha sometido a su vigilancia un número considerable de sociedades comerciales.

Actualmente la regla general de causal de sometimiento de una sociedad comercial a las funciones de vigilancia de la Superintendencia de Sociedades por el monto de sus activos se encuentra en el equivalente a veinte mil (20.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes<sup>14</sup> y por el monto de sus ingresos al equivalente a la misma suma de dinero.

La excepción a la anterior regla se encuentra para las sociedades comerciales que tienen como socias o accionistas a sociedades comerciales titulares, individual o conjuntamente, de por lo menos del veinte por ciento (20%) del capital social, cuando dichas sociedades comerciales que ostentan la calidad de socias o accionistas se encuentran sometidas a la vigilancia de cualquiera de las Superintendencias, casos en los cuales los montos por activos e ingresos se

---

<sup>12</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 3100 de 1997, "Por la cual se determinan las personas jurídicas sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades", artículos 1 y 2.

<sup>13</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Ley 793 de 2002 "Por la cual se deroga la Ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio", artículo 3.

<sup>14</sup> Equivalentes para el año 2005 a siete mil seiscientos treinta millones de pesos (\$7.630.000.000) moneda legal colombiana.

reducen al equivalente a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.<sup>15</sup>

- Aquellas que someta el Superintendente de Sociedades mediante acto administrativo de carácter particular cuando con fundamento en la información obtenida mediante el ejercicio de funciones de inspección establezca que dentro de una sociedad comercial se presentan alguna o varias de las irregularidades descritas en los cuatro literales del inciso 2º del artículo 84 de la Ley 222 de 1995, antes transcrito.

- Cuando la vigilancia se derive de normas legales distintas a la Ley 222 de 1995 que de conformidad con el inciso segundo su artículo 82 expresamente señale este grado de intervención administrativa, con buen criterio recogidas en los artículos 6º y 7º del Decreto 3100 de 1997, normas que enuncian entre las personas jurídicas que recae la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades a las sociedades administradoras de consorcios, las sociedades prestadoras de servicios técnicos o administrativos a las instituciones financieras, las bolsas de productos agropecuarios, fondos ganaderos, empresas multinacionales andinas y a las sociedades comerciales que pierden su calidad de emisoras de valores.

c) La intervención administrativa por parte de la Superintendencia de Sociedades respecto de las sociedades que de conformidad con los criterios anteriores se encuentran bajo su vigilancia tiene vocación de permanencia entre tanto la situación jurídica o económica que conlleva a la misma permanezca.

d) La vigilancia potencialmente se deriva en casos especiales del ejercicio de las funciones de inspección y permiten a la Superintendencia de la adopción de medidas administrativas para conjurar las irregularidades detectadas dentro de una sociedad comercial.

De conformidad con el anterior marco normativo y de las condiciones establecidas para que el Superintendente de Sociedades mediante acto administrativo de carácter particular y concreto someta a la vigilancia de la entidad que dirige a sociedades comerciales no comprendidas dentro de los criterios generales fijados por el Presidente de la República u otras disposiciones legales, las funciones de vigilancia de la Superintendencia de Sociedades consisten en lo siguiente:

*- Practicar visitas generales, de oficio o a petición de parte, y adoptar las medidas a que haya lugar para que se subsanen las irregularidades que se hayan observado durante la práctica de éstas e investigar, si es necesario, las operaciones finales o*

---

<sup>15</sup> Equivalentes para el año 2005 a mil novecientos siete millones quinientos mil pesos (\$1.907.500.000) moneda legal colombiana.

*intermedias realizadas por la sociedad visitada con cualquier persona o entidad no sometida a su vigilancia.*

Esta facultad le permite a la Superintendencia de Sociedades profundizar en la información que en virtud de las funciones de inspección ha obtenido sobre la situación jurídica, administrativa, económica y contable de una sociedad comercial en particular, ampliando el radio de acción de sus facultades a negocios jurídicos celebrados con otros sujetos de derecho que se encuentren o no bajo la vigilancia de la misma Superintendencia.

Es evidente que la finalidad de las visitas realizadas por la Superintendencia a una sociedad comercial es obtener las pruebas que permitan identificar las causas y responsabilidades de las irregularidades a suprimir a través de órdenes a impartir por la misma Entidad y de obligatorio cumplimiento por parte de los órganos sociales.

*- Autorizar la emisión de bonos de acuerdo con lo establecido en la ley y verificar que se realice de acuerdo con la misma.*

Tiene esta facultad a proteger los derechos económicos de los socios o accionistas y de los terceros que proyectan invertir en la sociedad comercial de conformidad con la Resolución 400 de 1997 de la Superintendencia de Valores.<sup>16</sup>

*- Enviar delegados a las reuniones de la asamblea general o junta de socios cuando lo considere necesario.*

La asistencia de delegados de la Superintendencia de Sociedades a las reuniones ordinarias o extraordinarias del máximo órgano social velan por la efectiva realización de las mismas en atención de las normas legales y estatutarias aplicables a las mismas y al debido ejercicio del derecho al voto de los socios o accionistas respecto de las propuestas que en diversas materias considera dicho órgano, las cuales deben ajustarse a las mismas normas, previendo futuros litigios de impugnación generadores de inestabilidad para el ente social.

*- Verificar que las actividades que desarrolle estén dentro del objeto social y ordenar la suspensión de los actos no comprendidos dentro del mismo.*

Hace referencia al llamado que la Superintendencia de Sociedades debe hacer a las sociedades para que los actos y negocios jurídicos que celebre en desarrollo de

---

<sup>16</sup> “Por la cual se actualizan y unifican las normas expedidas por la Sala General de la Superintendencia de Valores y se integran por vía de referencia otras.”, Art. 1.2.4.33 y siguientes.

sus actividades económicas se encuentren abrigados por la validez derivada de la capacidad legal determinada por el objeto social como se expuso en la parte general del presente trabajo de grado, evitando la incertidumbre e inseguridad jurídica que generan los actos y negocios que desbordan la especialidad exigida en el mismo objeto social y que según la teoría de *ultra vires* generan la nulidad del acto y la responsabilidad para los administradores por los perjuicios que ocasione la celebración por parte de la persona jurídica de la sociedad de actos o negocios jurídicos sin capacidad para el efecto.

- *Decretar la disolución, y ordenar la liquidación, cuando se cumplan los supuestos previstos en la ley y en los estatutos, y adoptar las medidas a que haya lugar.*

Esta facultad determina el paso de la reducción de la capacidad a los actos propios de liquidación evitando la generación de cargas y obligaciones que agraven la situación económica de la sociedad en detrimento de los derechos económicos de los socios o accionistas que guardan la expectativa de la restitución o reembolso de sus aportaciones.

De conformidad con el artículo 221 del Código e Comercio en concordancia con el artículo 218 *ibidem* comprende esta facultad de la Superintendencia de Sociedades para declarar la ocurrencia del fenómeno de la disolución y el inicio de la etapa liquidatoria, ante la omisión del máximo órgano social, las siguientes causales: (i) imposibilidad de desarrollar la empresa u objeto social, (ii) disminución o aumento del número de accionistas en cantidad contraria a los límites legales, (iii) las previstas expresamente en los estatutos sociales y (iv) las causales legales especiales previstas para cada tipo social.

- *Designar al liquidador en los casos previstos por la ley.*

Encontrándose la sociedad en estado de liquidación sin contar con la dirección de una persona que ejerza como liquidador y por ende como representante legal del ente social para la gestión de sus actividades finales dirigidas al cumplimiento de obligaciones frente a terceros y la posterior distribución del remanente de los activos entre los asociados como restitución de sus aportes, corresponderá a la Superintendencia de Sociedades la designación de sujeto de derecho que se desempeñará como liquidador y a aquél que le suplirá en sus faltas absolutas o temporales.

De todas formas esa designación del liquidador y de su suplente como todo nombramiento de representantes legales debe cumplir con el requisito de publicidad para su oponibilidad de inscripción en el registro mercantil

- *Autorizar las reformas estatutarias consistentes en fusión y escisión.*

Frente a las trascendentales reformas estatutarias de la fusión y escisión en las que como se ha evidenciado se puede generar mayor responsabilidad para los socios o accionistas y en los que además se afecta la estructura productiva del ente societario, la intervención de la Superintendencia de Sociedades protege el abuso de las mayorías sobre las participaciones minoritarias y de otro lado verifica la viabilidad económica de las mismas para la sociedad.

- *Convocar a reuniones extraordinarias del máximo órgano social en los casos previstos por la ley.*

Con esta facultad reglada se circunscriben las previsiones del Código de Comercio (Artículos 181, 225. 423) en materia de convocatoria a reuniones del máximo órgano social por parte de la Superintendencia de Sociedades al grado de intervención administrativa de vigilancia.

Lo anterior sin perjuicio de la convocatoria que puede realizar la Superintendencia de Sociedades a petición de parte en virtud de las medidas administrativas especiales de intervención en las sociedades comerciales que más adelante analizaremos y que son distintas a aquellas autorizadas por el ordenamiento jurídico como funciones de inspección, vigilancia y control.

- *Autorizar la colocación de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto y de acciones privilegiadas.*

Esta facultad atiende a los mismos intereses de los socios y accionistas enunciados al abordar el análisis de la autorización de emisión de bonos.

Adicionalmente y sin lugar a duda, responde a la intervención de un tercero ecuánime que estime y proyecte el otorgamiento de beneficios a un grupo de accionistas previendo su impacto en el equilibrio económico de las relaciones de cada accionista frente a la sociedad comercial.

Sobre el particular, los beneficios y el procedimiento de emisión y suscripción de las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, se desarrollan en el artículo 61 y siguientes de la Ley 222 de 1995.

- *Ordenar la modificación de las cláusulas estatutarias cuando no se ajusten a la ley.*

Constituye una facultad para lograr la armonización de los pactos privados efectuados en virtud de la libertad contractual, que a nuestro criterio brindan

claridad a los asociados y a los terceros en las relaciones jurídicas que establecen con la sociedad comercial, siendo claro que en todo caso de confrontación o contradicción normativa tienen prevalencia las disposiciones legales.

Estableciéndose el ajuste al ordenamiento jurídico de todas las disposiciones estatutarias incluidas las cuestionadas por la autoridad administrativa no hay lugar a ajuste alguno.

*- Ordenar la inscripción de acciones en el libro de registro correspondiente, cuando la sociedad se niegue a efectuarla sin fundamento legal.*

Establece el artículo 416 del Código de Comercio que los administradores de las sociedades por acciones no se pueden negar a la inscripción de la cesión o adquisición de acciones en el libro de registro de accionistas.

La autorización para tal negativa solo existe en los casos de preexistencia de orden de autoridad competente para impartirla y de desconocimiento de requisitos o formalidades propias de la negociación de las misma, tales como el incumplimiento de las disposiciones referentes al derecho de preferencia y a la formalidad del endoso de los títulos o de librar la comunicación respectiva por parte del accionista cedente.

Ante la ilegítima negativa de la administración para proceder a la inscripción respectiva, la Superintendencia de Sociedades se encuentra facultada para expedir la orden administrativa de obligatorio cumplimiento para el efecto, cuyo desconocimiento a nuestro criterio debe dar paso a la imposición de sanciones al administrador renuente con fundamento en las facultades legales de la misma Superintendencia en la materia.

Con fundamento en todo lo anteriormente expuesto, con ocasión de las funciones de la Superintendencia de Sociedades en el estadio de vigilancia como autoridad administrativa, los socios minoritarios pueden adelantar viablemente y con grandes posibilidades de lograr los efectos jurídico – económicos perseguidos, las siguientes actuaciones administrativas:

1. Solicitar la realización de visitas a la sede social con el fin de identificar las irregularidades que afecten los derechos de los socios o accionistas o el interés de la persona jurídica de la sociedad y de que la Superintendencia de Sociedades imparta a los administradores las órdenes necesarias para su supresión o subsanación.
2. Impedir la emisión de bonos convertibles en acciones por carecer de la autorización de la Superintendencia de Sociedades reportando tal situación a

dicha entidad y participando en el trámite de dicha autorización por encontrar interés en el mismo.

3. Solicitar la designación de delegados que asistan a las reuniones del máximo órgano social y para que sirvan de garantes del ejercicio del derecho a voto de los socios o accionistas, verifiquen la conformación debida de las mayorías necesarias de conformidad con la ley y los estatutos para aprobar las propuestas sometidas a consideración de dicho órgano, y en general para que velen porque la convocatoria, el desarrollo de la reunión y las decisiones que en ella se toman se ajusten al contrato social y el ordenamiento jurídico.

4. Solicitar que se ordene a los administradores suspender o cesar en la celebración de actos o negocios jurídicos no contemplados en el objeto social de la compañía.

5. Buscar que se defina la situación jurídica de la sociedad y su capacidad legal o de ejercicio con ocasión de la ocurrencia de causal de disolución no reconocida por el máximo órgano social mediante el decreto de dicho fenómeno por parte de la Superintendencia de Sociedades, en los casos consistentes en (i) la imposibilidad de desarrollar la empresa u objeto social, (ii) disminución o aumento del número de accionistas en cantidad contraria a los límites legales, (iii) las eventualidades previstas expresamente en los estatutos sociales y (iv) las demás eventualidades legalmente previstas como causales especiales de disolución para cada tipo social.

6. Promover la designación del liquidador cuando ocurrida la disolución de la sociedad y por ende iniciada forzosamente la etapa liquidatoria de la misma ésta carece de representante legal para el efecto.

7. Impedir el perfeccionamiento de las reformas estatutarias consistentes en fusión y escisión mediante la intervención de la Superintendencia de Sociedades para el efecto, cuando dichas decisiones se hayan adoptado sin la autorización de la mencionada Entidad, e intervenir en el trámite previo de autorización de dichas reformas estatutarias, oponiéndose cuando les genere perjuicio a los socios minoritarios o a la sociedad.

8. Solicitar a la Superintendencia de Sociedades la convocatoria a reuniones extraordinarias del máximo órgano social cuando el ejercicio y protección de los derechos de los socios o accionistas lo requieran y los intereses generales de la sociedad lo ameriten, de conformidad con los supuestos de hecho previstos en los artículos 181, 225 y 423 del Código de Comercio.

9. Impedir la colocación y suscripción de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, y de acciones privilegiadas, mediante la intervención de la Superintendencia de Sociedades cuando estas operaciones carezcan de la autorización de dicha Entidad, e intervenir en el trámite de dicha autorización.

**2.2.7.3 En funciones de control.** El máximo grado de intervención gubernamental en las actividades económicas de las sociedades comerciales, ejecutado a través de la Superintendencia de Sociedades, encuentra fundamento jurídico en la Ley 222 de 1995, en la siguiente forma:

*ART. 85.—Control. El control consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad comercial no vigilada por otra superintendencia, cuando así lo determine el Superintendente de Sociedades mediante acto administrativo de carácter particular.*

*En ejercicio del control, la Superintendencia de Sociedades tendrá, además de las facultades indicadas en los artículos anteriores, las siguientes:*

- 1. Promover la presentación de planes y programas encaminados a mejorar la situación que hubiere originado el control y vigilar la cumplida ejecución de los mismos.*
- 2. Autorizar la solemnización de toda reforma estatutaria.*
- 3. Autorizar la colocación de acciones y verificar que la misma se efectúe conforme a la ley y al reglamento correspondiente.*
- 4. Ordenar la remoción de administradores, Revisor Fiscal y empleados, cuando se presenten irregularidades que así lo ameriten.*
- 5. Conminar bajo apremio de multas a los administradores para que se abstengan de realizar actos contrarios a la ley, los estatutos, las decisiones del máximo órgano social o junta directiva, o que deterioren la prenda común de los acreedores u ordenar la suspensión de los mismos.*
- 6. Efectuar visitas especiales e impartir las instrucciones que resulten necesarias de acuerdo con los hechos que se observen en ellas.*
- 7. Convocar a la sociedad al trámite de un proceso concursal.*
- 8. Aprobar el avalúo de los aportes en especie.*

*PAR.—Las sociedades sujetas a la vigilancia o control por determinación del Superintendente de Sociedades, podrán quedar exonerados de tales vigilancia o control, cuando así lo disponga dicho funcionario.*

La norma anteriormente transcrita pone de relieve las siguientes características de la intervención administrativa en el grado de *control*:

- a) El control sobre una sociedad comercial en especial es ejercido por la Superintendencia de Sociedades en virtud de acto administrativo particular y concreto que así lo establezca, expedido por el Superintendente de Sociedades.
- b) Sólo es procedente jurídicamente que el Superintendente declare bajo el grado de intervención administrativa de control a una sociedad comercial cuando no se encuentra dicha sociedad vigilada por otra Superintendencia.
- c) El acto administrativo que decreta el control sobre una sociedad comercial en particular se encuentra motivado en la identificación de situación crítica dentro de dicho ente societario en materia jurídica, contable, económica o administrativa.
- d) El control que ejerce la Superintendencia de Sociedades en consideración a las facultades que del mismo se desprende, se perfila como el grado de intervención administrativa en las sociedades comerciales de mayor intensidad en nuestro ordenamiento jurídico.
- e) Para que una sociedad comercial sea sometida al grado de intervención administrativa de control por parte de la Superintendencia de Sociedades no es necesario que previamente se haya declarado bajo vigilancia de la misma, basta la identificación de la situación crítica en alguna de las materias antes mencionadas.
- f) Las funciones de la Superintendencia de Sociedades en materia de control se encuentran respaldadas por las demás facultades que le confiere la Ley a la misma Entidad en los grados de inspección y vigilancia.
- g) La Superintendencia de Sociedades despliega las atribuciones conferidas por la ley impartiendo órdenes de obligatorio cumplimiento y de carácter correctivo respecto de las mencionadas situaciones críticas identificadas previamente dentro de la sociedad comercial, dirigidas a conjurar las mismas.
- h) Una vez decretado el control sobre una sociedad comercial por parte del Superintendente de Sociedades las funciones otorgadas por la Ley a la Entidad que dirige revisten vocación de permanencia y son ejercidas hasta que mediante

acto administrativo de carácter particular y concreto de declare la terminación de la intervención administrativa en grado de control.

Las funciones derivadas del control ejercido por la Superintendencia de Sociedades dentro del contexto jurídico antes descrito y que como quedó dicho se encuentran auxiliadas por las demás facultades que le reportan a la misma Entidad los grados de intervención de inspección y vigilancia, consisten, entre otras aristas, en lo siguiente:

*- Promover la presentación de planes y programas encaminados a mejorar la situación que hubiere originado el control y vigilar la cumplida ejecución de los mismos.*

Esta facultad general sintetiza en gran medida el sentido y finalidad de las atribuciones de la Superintendencia de Sociedades en este grado de intervención administrativa en la actividad privada de las sociedades comerciales.

Sin lugar a dudas la Ley le impone a esta Entidad la carga de coadministrar mediante el requerimiento a la administración de presentación de planes, programas o proyectos de mejoramiento que permitan superar la situación adversa de la compañía en el campo jurídico, contable, económico o administrativo y su correspondiente evolución y seguimiento en la ejecución de aquellos autorizados.

*- Autorizar la solemnización de toda reforma estatutaria.*

Es consecuencia de esa misma tutela que pretende ejercerse para la sociedad comercial con el fin de superar la situación adversa que origina la declaración del grado de intervención estatal de control.

A través de la misma se busca impedir que reforma estatutaria alguna empeore la situación de la sociedad o que con el espejismo de superarla a través de esta fórmula se vulneren derechos de los asociados o de terceros.

En todo caso lograda la solemnización u otorgamiento de la Escritura Pública en la que se protocolice determinada reforma a los estatutos sociales, la falta de autorización de la Superintendencia de Sociedades hace improcedente la solicitud de inscripción de la reforma estatutaria en el registro mercantil y por ende su oponibilidad por carencia de publicidad, en los términos del artículo 159 del Código de Comercio.

*- Autorizar la colocación de acciones y verificar que la misma se efectúe conforme a la ley y al reglamento correspondiente.*

Tiende esta medida a proteger los derechos económicos de los accionistas en la suscripción de acciones, verificando el cumplimiento, entre otros requisitos, del derecho de preferencia cuando hubiere lugar a su aplicación.

Abarca esta facultad el seguimiento de nuevas inversiones en la sociedad comercial sometida a control.

*- Ordenar la remoción de administradores, Revisor Fiscal y empleados, cuando se presenten irregularidades que así lo ameriten.*

Sin lugar a dudas dentro de la adopción de correctivos a la situación crítica que originó el control, la remoción de los administradores y del Revisor Fiscal, como de otros empleados se hace necesaria cuando se ha identificado su conducta como la causa de dicha situación crítica.

*- Conminar bajo apremio de multas a los administradores para que se abstengan de realizar actos contrarios a la ley, los estatutos, las decisiones del máximo órgano social o junta directiva, o que deterioren la prenda común de los acreedores u ordenar la suspensión de los mismos.*

Se dirige esta facultad, en el sentido que se explicó en la inmediatamente anterior, a corregir las irregularidades originadas en conductas inapropiadas de los administradores, subsanables a través de la suspensión de su práctica.

De esta forma la Superintendencia de Sociedades puede impartir órdenes para que los administradores corrijan su actuar suspendiendo la ejecución de prácticas contrarias a la Ley o los estatutos sociales, respaldando dichas órdenes con la advertencia de que su incumplimiento genera la imposición de multas o utilizando las mismas como medio de disuasión luego de la respectiva investigación con observancia de las garantías del debido proceso.

*- Efectuar visitas especiales e impartir las instrucciones que resulten necesarias de acuerdo con los hechos que se observen en ellas.*

Esta facultad similar a aquella contenida en las funciones de vigilancia implica adicionalmente la capacidad de la Superintendencia de Sociedades para impartir sobre la marcha de dichas visitas las órdenes que dentro de los límites legales sean procedentes para corregir las irregularidades o inconsistencias detectadas.

*- Convocar a la sociedad al trámite de un proceso concursal.*

Determinada por parte de la Superintendencia de Sociedades la inviabilidad de la sociedad comercial sometida a control por imposibilidad de recuperación o normalización de la situación crítica jurídica, contable, administrativa o económica, la misma entidad pasa a dar trámite al proceso concursal respectivo de conformidad con la Ley 222 de 1995.

Actualmente sólo es posible adelantar el trámite de liquidación obligatoria como quiera que el inicio de procesos concordatarios se encuentra suspendido por la Ley que promueve la reestructuración económica de las personas jurídicas, y entre ellas las sociedades comerciales, cuya vigencia fue recientemente prorrogada.

*- Aprobar el avalúo de los aportes en especie.*

Esta facultad se dirige a proteger la participación de los socios o accionistas en el capital social evitando su marchitamiento con ocasión de avalúos excesivos.

Igualmente con la misma se pretende mantener sin alteración negativa la prenda general de los acreedores en atención a la crítica situación que vivifica la sociedad comercial en estado de control por parte de la Superintendencia de Sociedades.

A continuación precisamos las actuaciones administrativas cuya promoción es procedente por parte de los socios minoritarios cuando la sociedad comercial de que forman parte se encuentra bajo el control de la Superintendencia de Sociedades:

1. Solicitar a la Superintendencia que requiera a la administración de la sociedad para que presente planes y programas de mejoramiento, evaluándolos y ejerciendo seguimiento a la ejecución de aquellos cuya aplicación se autoricen por la misma Entidad.
2. Impedir el perfeccionamiento de reformas estatutarias no autorizadas por la Superintendencia de Sociedades, solicitando la intervención de la misma y haciéndose parte dentro del trámite de autorización respectivo acreditándose los intereses envueltos en el mismo.
3. Requerir la intervención de la Superintendencia de Sociedades en las operaciones de colocación de acciones para que tramite la autorización de la misma, presentando ante dicha Entidad las observaciones atinentes al incumplimiento de requisitos o inobservancia de disposiciones legales y estatutarias.

4. Solicitar la remoción del cargo de los administradores, Revisor Fiscal y de los empleados involucrados en actos que originen detrimento a los derechos de los socios o accionistas, de terceros o de la persona jurídica de la sociedad.
5. Solicitar a la Superintendencia de Sociedades que requiera a los administradores para que se abstengan de realizar o suspendan la ejecución de actos contrarios a la constitución, la ley, los estatutos sociales y las decisiones del máximo órgano social, o de junta directiva.
6. Promover la realización de visitas especiales de la Superintendencia de Sociedades a las oficinas del domicilio principal de la sociedad o cualquiera de las sedes de la misma para subsanar precisas irregularidades.
7. Solicitar a la Superintendencia de Sociedades que inicie el trámite de proceso concursal de conformidad con la Ley 222 de 1995 cuando se imposibilite la recuperación de la situación crítica de la sociedad y se encuentre configurada alguna de las causales respectivas establecidas para el efecto.
8. Solicitar que la Superintendencia de Sociedades sea la Entidad encargada de evaluar los nuevos aportes en especie que se pretendan efectuar al fondo social.

**2.2.7.4 Medidas administrativas especiales.** Sobre este particular campo de acción de los socios minoritarios, distinto al creado por las expresas funciones de la Superintendencia de Sociedades bajo las modalidades de intervención gubernamental de inspección, vigilancia y control, y que consiste en especiales atribuciones adicionales conferidas a la misma Entidad en forma alternativa a las funciones conferidas por la misma ley bajo los citados grados de intervención administrativa, en primer *lugar* debemos considerar el *questionable* requisito de legitimación y procedibilidad exigido por el inciso primero del artículo 87 de la Ley 222 de 1995.

El requisito al que hacemos referencia en punto de la legitimación de los socios minoritarios para promover la adopción de estas medidas administrativas especiales y consistente en que el o los solicitantes, individual o colectivamente considerados, representen al menos el diez por ciento (10%) del capital social de la respectiva sociedad, se encuentra consagrado en los siguientes términos:

*ART. 87. —Medidas administrativas. En todo caso, en cualquier sociedad no sometida a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria o de Valores, uno o más asociados representantes de no menos del diez por ciento del capital social o alguno de sus administradores, podrán solicitar a la Superintendencia de Sociedades, la adopción de cualquiera de las siguientes medidas administrativas: (...)*

Subrayado fuera de texto.

En nuestro criterio jurídico la fijación de mínimos de participación que deben acreditar los socios o accionistas de una sociedad comercial para acudir a la autoridad administrativa en búsqueda de protección a sus derechos políticos y económicos en el respectivo ente social, si bien es cierto modera el ejercicio de los instrumentos jurídicos por el mismo creados, también representa una irracional medida cuando se presenten protuberantes abusos de los administradores en su gestión y en detrimento de asociados que desafortunadamente no alcanzan el nivel de participación en el capital exigido por la norma.

En este sentido, en la materia jurídica especial que ocupa nuestra atención, en consideración a que el mismo inciso primero del artículo 87 de la Ley 222 de 1995 otorga a los “administradores” la titularidad para promover ante la Superintendencia de Sociedades la adopción de las medidas administrativas especiales previstas en el mismo artículo, planteamos como alternativa de solución a la inapropiada exigencia de legitimación en atención al nivel de participación en el capital social, que sea a través del órgano de fiscalización privada, es decir del Revisor Fiscal, que se encausen las solicitudes de aplicación de dichas medidas, así éste no se encuentre expresamente reconocido o se le otorgue la calidad de administrador en la definición legal.

Lo anterior debido a que como se explicó anteriormente es el Revisor Fiscal, como director del órgano de fiscalización privada, competente en primera instancia para conocer las denuncias que sobre irregularidades contables, administrativas y jurídicas presenten los socios o accionistas en la respectiva sociedad que cuenta con dicho órgano.

No considerar viable la propuesta que realizamos significa dejar sin sustento la imposición de sanciones pecuniarias a los Revisores Fiscales por omitir reportar al los órganos sociales y a la autoridad administrativa competentes, el desconocimiento de las normas constitucionales, legales y estatutarias por parte de quienes de acuerdo con la definición de la Ley 222 de 1995 ostentan la calidad de administradores, de conformidad con la obligación legalmente consagrada en el numeral 3º del artículo 207 del Código de Comercio.

Las medidas administrativas especiales que puede adoptar la Superintendencia de Sociedades con fundamento en el artículo 87 de la Ley 222 de 1995 y a petición de parte, ya sea por asociados que individual o conjuntamente representen el nivel de participación en el capital social antes comentada, por administradores, o a nuestro criterio, por el Revisor Fiscal, respecto de sociedades comerciales no sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria o de la Superintendencia de Valores, son las siguientes:

- 1. El envío de delegados a las reuniones de la asamblea general o junta de socios, quienes pueden impartir las orientaciones pertinentes*

*para el adecuado desarrollo de la reunión. El delegado deberá elaborar un informe sobre lo ocurrido en la reunión, que servirá de prueba en actuaciones administrativas o judiciales que se adelanten.*

*2. La convocatoria de la asamblea o junta de socios cuando quiera que éstas no se hayan reunido en las oportunidades previstas en los estatutos o en la ley. Para tal fin, en el escrito correspondiente, que se presentará personalmente por los interesados, deberá indicarse ese hecho bajo juramento que se tendrá prestado con la firma del mencionado escrito, al que se acompañarán los documentos que indique el gobierno por vía reglamentaria.*

*3. La orden para que se subsanen las irregularidades de las suscripciones de acciones que se adelanten pretermitiendo los requisitos o condiciones consagrados en la ley, en los estatutos o en el reglamento respectivo o las de enajenaciones de acciones efectuadas con desconocimiento de los requisitos exigidos en la ley o en los estatutos para tal fin.*

*Del escrito contentivo de la solicitud se dará traslado a la sociedad respectiva por el término de diez días a fin de que controvierta los hechos en que se funde la solicitud. Vencido este término y si hay lugar a ello, se dispondrá la práctica de las pruebas solicitadas por los interesados y las que estime pertinentes el superintendente. Dentro de los veinte días siguientes al vencimiento del término probatorio, se adoptará la decisión pertinente.*

*4. La orden para que se reformen las cláusulas o estipulaciones de los estatutos sociales que violen normas legales. La solicitud respectiva deberá contener la relación de las normas que se consideren violadas y el concepto de la violación. Del escrito correspondiente se dará traslado a la sociedad hasta por diez días al cabo de los cuales deberá tomarse la decisión respectiva. Para tal fin la superintendencia podrá convocar la asamblea o junta de socios u ordenar su convocatoria.*

*5. La práctica de investigaciones administrativas cuando se presenten irregularidades o violaciones legales o estatutarias. Para tal efecto, las personas interesadas deberán hacer una relación de los hechos lesivos de la ley o de los estatutos y de los elementos de juicio que tiendan a comprobarlos. La superintendencia adelantará la respectiva investigación y de acuerdo con los resultados, decretará las medidas pertinentes según las facultades asignadas en esta ley.*

Sin lugar a dudas las medidas administrativas antes transcritas constituyen expeditos instrumentos de protección de los derechos de los socios o accionistas, susceptibles de ser ejercidos por socio o grupo de socios minoritarios, en los términos de la recientemente expedida Resolución número 100-000045 de fecha 7 de enero de 2005, de atención especial para la solicitud de investigaciones y de realización de visitas, y bajo la demostración de los supuestos de hecho en que se fundamenta cada una de ellas y el cumplimiento del reprochado requisito de legitimación en la causa antes comentado.

El correcto ejercicio de estos instrumentos mediante el inicio e impulso de la correspondiente actuación administrativa permitirá al accionista o socio minoritario, o al grupo de ellos, alternativamente a las medidas que en virtud de los estadios de intervención administrativa pueden solicitar que sean decretadas por la Superintendencia de Sociedades, obtener el reconocimiento y protección de los derechos comprendidos en cada una de las cinco medidas especiales, como quiera que es precisamente esa la finalidad que persiguió el legislador con su consagración.<sup>17</sup>

**2.2.8 Acciones judiciales.** Cuando las medidas administrativas que la autoridad competente de inspección, vigilancia y control se encuentra facultada para ordenar con fundamento en las específicas atribuciones concedidas por la Ley no sirven u ostentan la contundencia jurídica suficiente para enervar las amenazas de las actuaciones abusivas de las mayorías o de los administradores sociales en contra de los derechos económicos y políticos individuales de los socios o accionistas, y entre ellos de las minorías, se hace imperioso acudir a la congestionada jurisdicción ordinaria en las ramas civil y penal.

En efecto, las acciones judiciales que el ordenamiento jurídico consagra en materia de derecho societario, ya sea contra los actos de los órganos de la sociedad o de los administradores para que se declare su responsabilidad y la obligación de resarcir los perjuicios causados con su conducta, tienen eminentemente un carácter proteccionista de las minorías, cuando quiera que la fórmula de las mayorías y de la representación para la conformación y exteriorización de la voluntad del ente social es contraria a la Ley o las estipulaciones del contrato social, haciéndose necesaria la defensa de dichos órdenes normativos.<sup>18</sup>

En este orden de ideas expondremos aquellas acciones judiciales consagradas en nuestro ordenamiento jurídico y de las cuales en virtud del derecho de acción,

---

<sup>17</sup> BARRERO, Martha Cecilia. *Racionalización de la vigilancia por las superintendencias*. En: El Derecho Societario Contemporáneo. Cámara de Comercio de Bogotá, Tomo I, 1996. pp. 441, 442; y REYES VILLAMIZAR, Op. cit., tomo 1 p. 506.

<sup>18</sup> NARVÁEZ GARCÍA, Op. cit., p. 386 y 387.

como derecho procesal o adjetivo de todo ciudadano, y con fundamento en las normas sustantivas que regulan a las sociedades mercantiles en Colombia, son titulares los socios o accionistas minoritarios, precisando su naturaleza y alcances, para ilustrar la idoneidad de cada una de ellas respecto de los fines perseguidos por sus titulares a través de las mismas.

**2.2.8.1 Impugnación de decisiones.** La juridicidad de las decisiones del máximo órgano social con todo acto mercantil permite su escrutinio a partir de los criterios de eficacia, validez y oponibilidad de conformidad con los principios consagrados en los artículos 897 a 904 del Código de Comercio.

Sobre la identificación de las causales generales y generadoras de los vicios de ineficacia, invalidez e inoponibilidad, en punto de las resoluciones o decisiones del máximo órgano social dentro de las sociedades comerciales, el artículo 190 del Estatuto Mercantil establece lo siguiente:

*ART. 190. —Las decisiones tomadas en una reunión celebrada en contravención a lo prescrito en el artículo 186 serán ineficaces; las que se adopten sin el número de votos previsto en los estatutos o en las leyes, o excediendo los límites del contrato social, serán absolutamente nulas; y las que no tengan carácter general, conforme a lo previsto en el artículo 188, serán inoponibles a los socios ausentes o disidentes.*

De conformidad con lo anterior entendemos que expresamente la ley agrupa los vicios que pueden atacar las decisiones del máximo órgano social en tres categorías, sancionándolas de menor a mayor intensidad con la ineficacia, la nulidad absoluta y la inoponibilidad.

Al respecto, en *primer lugar* encontramos que la ineficacia en los términos del artículo 897 del Código de Comercio consiste en la sanción aplicada al acto jurídico impidiéndole producir efectos en el mundo del derecho, no requiriéndose declaración judicial para tal fin, toda vez que este fenómeno opera de pleno derecho reunidos los supuestos de hecho previstos en la norma que aplica esta clase de sanción al acto jurídico.

En este sentido nos es claro que no es precisamente respecto de este vicio de las decisiones del máximo órgano social que procede la acción judicial de impugnación, cuyo análisis nos ocupa.

No obstante lo anterior, atendiendo a la utilidad que reporta para los socios minoritarios conocer los supuestos fácticos y normativos generadores de la ineficacia de las decisiones de la junta de socios o asamblea general de accionistas, y a que de otra parte la ineficacia forma parte de esta tridivisión de vicios que las atacan, preliminarmente pasamos a identificar los eventos en que

dicha sanción es aplicable y el procedimiento a seguir para generar seguridad jurídica sobre la ocurrencia de dicho fenómeno.

De acuerdo con la norma transcrita y en concordancia con el artículo 186 del Código de Comercio, una decisión del máximo órgano social contenida en alguna de las actas de sus reuniones ordinarias o extraordinarias, debidamente aprobadas por el mismo órgano o por las personas que este delegue, será ineficaz, entre otros, en los siguientes eventos donde su ocurrencia es protuberante:

1. Cuando la reunión ordinaria o extraordinaria de naturaleza presencial se haya celebrado en lugar distinto a aquel definido como el domicilio de la persona jurídica de la sociedad.

La anterior regla tiene como única excepción, las reuniones denominadas como de carácter universal donde se encuentran representados todos los socios o accionistas.<sup>19</sup>

2. Cuando la reunión ordinaria o extraordinaria en que se adoptó la decisión cuestionada no se encuentra precedida por convocatoria alguna, o que realizada ésta, la misma no haya reunido la información mínima y los requisitos de forma y de tiempo pactados en los estatutos o establecidos en la ley.

En este caso también aplica la excepción de las reuniones del máximo órgano social de carácter universal.

3. Cuando la decisión haya sido adoptada en reunión de socios o accionistas a la cual no asistieron un número de ellos suficiente para conformar el quórum deliberatorio pactado en los estatutos o exigido en la ley, tal y como se explicó en la parte general del presente trabajo de grado, ya sea por inasistencia o indebida representación.

Vale la pena destacar en este supuesto eventual que el quórum deliberativo exigido en las reuniones no presenciales autorizadas por los artículos 19 y 20 de la Ley 222 de 1995 equivale a la representación en dichas reuniones de la totalidad de los socios o accionistas, so pena de la ineficacia de todas las decisiones adoptadas en dichas reuniones.

Para las sociedades anónimas las anteriores eventualidades generadoras de la sanción de ineficacia para las decisiones del máximo órgano social, se ven adicionadas y complementadas por las disposiciones contenidas en las normas comprendidas entre el artículo 419 y 432 del Código de Comercio, de conformidad con el artículo 433 del mismo Estatuto Mercantil.

---

<sup>19</sup> Código de Comercio, Op. cit., artículo 182, inciso segundo.

De otro lado, reiterando que la ineficacia como sanción a las decisiones del máximo órgano social es independiente de declaración judicial alguna que la reconozca, el legislador con ocasión de las frecuentes controversias que se suscitan respecto de la configuración de los supuestos de hecho de las normas que consagran dicha drástica sanción, con buen criterio, y sin que ello represente judicialización alguna del fenómeno, a través de artículo 133 de la Ley 446 de 1998 otorgó facultades a la Superintendencia de Sociedades, Bancaria y de Valores para que de oficio o a petición de parte reconozca la ocurrencia de los presupuestos fácticos de dicho fenómeno.

Este es otro de los medios de protección de los derechos económicos y políticos de los socios o accionistas dentro de las sociedades comerciales, que en forma práctica y expedita obliga al reconocimiento de las consecuencias jurídicas de la ineficacia por parte de quien busca imponer el cumplimiento de la decisión del máximo órgano social que se encuentra viciada, instrumento que sin lugar a dudas reporta utilidad para los socios minoritarios como quiera que para ejercerlo no requiere acreditar el nivel de participación en el capital social exigido para promover las actuaciones administrativas especiales antes estudiadas.

En *segundo* lugar en la tridivisión de las sanciones aplicables a las decisiones del máximo órgano social que no cumplen con las exigencias constitucionales, legales o estatutarias, encontramos el fenómeno de la nulidad absoluta.

Este fenómeno genera las consecuencias previstas en el ordenamiento jurídico en forma general, solo una vez ha sido declarada jurisdiccionalmente, razón por la cual en ello se concentra la pretensión envuelta en la acción de impugnación cuyo análisis nos ocupa.

La declaración de la nulidad absoluta de oficio o a petición de parte por autoridad jurisdiccional competente respecto de determinada decisión del máximo órgano social capaz de generar, modificar o extinguir derechos u obligaciones para los asociados o terceros frente a la persona jurídica de la sociedad, implica reconocer que dicha decisión careció de validez desde su adopción y que por ende no seguirá produciendo efectos jurídicos en el futuro y que los ya producidos se retrotraerán de conformidad con las alternativas brindadas por el derecho objetivo, realizándose la inscripción de la providencia de carácter judicial en el registro mercantil en los casos en que sea necesario y quedando los administradores sociales obligados a tomar las medidas necesarias y conducentes para el cumplimiento de la misma providencia.

Sobre esto último, con fundamento en el artículo 192 del Código de Comercio, la doctrina califica la falta de colaboración de los administradores para la materialización de los efectos jurídicos de la declaración de nulidad de la decisión del máximo órgano social como una conducta negligente generadora de

responsabilidad para los mismos, sin perjuicio de la obligación de indemnizar el valor de los perjuicios generados a la sociedad establecida a cargo de los mismos administradores y subsidiariamente de los socios o accionistas que votaron favorablemente la decisión impugnada.<sup>20</sup>

De la norma antes transcrita y sobre el fundamento de que son anulables las decisiones contrarias a los estatutos y a la Ley, es posible identificar en términos generales dos grandes causales generadoras de nulidad absoluta para las decisiones de la junta de socios o asamblea de accionistas, éstas son:

1. Que la decisión haya sido adoptada con el voto favorable de socios o accionistas cuya capacidad de votación reunida no alcance a conformar las mayorías ordinarias o especiales exigidas para cada decisión en particular por los estatutos sociales o por la Ley, sin desconocer la jerarquía normativa entre las dos clases de disposiciones, y
2. Que la decisión desborde las facultades legales y estatutarias de dicho órgano social, las cuales tienen relación directa con la capacidad de ejercicio de la sociedad, determinada esencialmente por el objeto social como quedó explicado en la parte general de la presente obra.

En lo referente a la legitimación y la oportunidad para ejercer la acción judicial de impugnación, establece el artículo 191 del Código de Comercio, lo siguiente:

*ART. 191.—Los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes podrán impugnar las decisiones de la asamblea o de la junta de socios cuando no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos.*

*La impugnación sólo podrá ser intentada dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la reunión en la cual sean adoptadas las decisiones, a menos que se trate de acuerdos o actos de la asamblea que deban ser inscritos en el registro mercantil, caso en el cual los dos meses se contarán a partir de la fecha de la inscripción.*

De esta norma se desprende claramente que los socios o accionistas llamados a ejercer la acción de impugnación de las decisiones del máximo órgano social, y entre ellos los socios minoritarios, son aquellos que no participaron en la aprobación de las mismas por encontrarse ausentes y sin representación en la respectiva reunión en que fue adoptada, y aquellos que encontrándose presentes o representados en dicha reunión votaron en contra de la decisión que posteriormente impugnan.

---

<sup>20</sup> LEAL PÉREZ, Hildebrando. Derecho de Sociedades Comerciales. 2 ed. Bogotá : Editorial Leyer, 1999. p. 250.

Siendo posible también por vía judicial la declaratoria de nulidad de las decisiones de las juntas directivas de las sociedades comerciales que cuentan con dicho órgano de administración en su estructura, cuando las mismas sean contrarias a la Ley o los estatutos, consideramos que por no ser pertinente la presencia de los socios o accionistas en las reuniones del mismo órgano, no es necesario que el asociado accionante que no es miembro directivo acredite su condición de ausente o disidente, sino que bastaría acreditar la afectación de sus derechos políticos o económicos para demostrar su legitimación en la causa.

En lo atinente a la oportunidad para promover la acción de impugnación aparece que el término de caducidad para el ejercicio de la misma es de dos (2) meses, contados desde fecha distinta, dependiendo de que la decisión del máximo órgano social cuestionada sea o no de aquellas susceptibles de inscripción en el registro mercantil para producir efectos frente a terceros.

Lo anterior significa que si la decisión del máximo órgano social que interesa al socio o accionista impugnar es de aquellas respecto de las cuales no existe norma legal que exija su publicidad a través de su inscripción en el registro mercantil, el término de los dos (2) meses se contará a partir del día en que culminó la reunión ordinaria o extraordinaria, de la junta de socios o de la asamblea general de accionista, en que se adoptó la decisión cuestionada, caso contrario dicho término correrá desde la fecha de inscripción en el registro mercantil del acta en que consta la misma decisión.

En cuanto a la autoridad competente para conocer del proceso de impugnación de las decisiones del máximo órgano social, el artículo 194 del Código de Comercio señala lo siguiente:

*ART. 194.—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 se traduce en que serán los jueces civiles del circuito los competentes para conocer de la acción de nulidad o de impugnación contra las decisiones del máximo órgano de las sociedades comerciales o de las juntas directivas, careciendo de eficacia jurídica las disposiciones estatutarias que consagren cláusulas compromisorias para resolver controversias sobre la validez jurídica de dichas decisiones.

Esta última medida para no hacer nugatorio el derecho de acción del socio o accionista sobre esta materia encuentra fundamento en el impacto en el orden

público económico que representa la adopción de decisiones en contra de la Ley o de los pactos privados públicamente conocidos, toda vez que afectan directamente la seguridad jurídica de la inversión privada.

En este mismo sentido y en consideración a que los acuerdos privados contra Ley constituyen situación generadora de nulidad absoluta e insaneable, carece de sentido la exigencia de la celebración de audiencia de conciliación extrajudicial en los términos de la Ley 640 de 2001 como requisito de procedibilidad para que el socio o accionista acuda a la jurisdicción ordinaria, toda vez que la pretensión esencial de la acción de esta acción de impugnación, cual es el reconocimiento y declaración de la existencia de una nulidad absoluta, es intransigible y por ende no susceptible de conciliación.

En los términos del artículo 421 del Código de Procedimiento Civil, norma que fue modificada por el artículo 1º del Decreto 2282 de 1989 y que se encuentra dentro del título correspondiente a las reglas propias del proceso abreviado, es procedente que en la demanda respectiva de impugnación se solicite la suspensión de la decisión del máximo órgano social o de la junta directiva cuya declaratoria de nulidad se solicita, quedando a discreción del Juez competente acceder a dicha petición en consideración a la potencialidad del mismo acto para generar perjuicios a la sociedad, previa exigencia al demandante para que preste la caución en cuantía que el mismo Juez estime suficiente garantía para decretar la medida.

Finalmente, debemos poner de presente, en atención a la utilidad y celeridad que se entiende debe reportar esta medida legislativa en beneficio de la efectividad de los derechos de los socios y accionistas dentro de las sociedades comerciales, una vía jurisdiccional alternativa para la impugnación de decisiones sociales.

Nos referimos a que el legislador en el año 1998 con ocasión de la alta congestión de procesos existente para el entonces y que aún permanece en los despachos judiciales y con fundamento en el artículo 116 de la Constitución Política, norma superior que autoriza el ejercicio de funciones jurisdiccionales o de administración de justicia, en forma excepcional y en materias precisas legalmente establecidas, por parte de las autoridades administrativas, otorgó a la Superintendencia de Sociedades facultades para que mediante el ejercicio de funciones jurisdiccionales tramite y resuelva demandas de impugnación de decisiones de los máximos órganos sociales y de sus juntas directivas de las sociedades comerciales que se encuentran bajo su vigilancia, bajo las ritualidades fijadas por el Código de Procedimiento Civil y normas complementarias para los procesos verbales sumarios.

En efecto, dichas facultades jurisdiccionales son establecidas en el artículo 137 de la Ley 446 de 1998, en los siguientes términos:

*ART. 137.— Competencia. La impugnación de actos o decisiones de asamblea de accionistas o juntas de socios y de juntas directivas de sociedades vigiladas por la Superintendencia de Sociedades, podrán tramitarse mediante el proceso verbal sumario ante dicha superintendencia.*

*Con todo, la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven del acto o decisión que se declaren nulos será competencia exclusiva del juez.*

Sobre las etapas y trámites propios del proceso verbal sumario, por no constituir el mismo el objeto central del presente acápite de nuestro trabajo, debemos remitir al lector al artículo 435 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

En *tercer lugar*, dentro de las sanciones aplicables a las decisiones del máximo órgano social, citadas en el artículo 190 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 188 del mismo Estatuto, encontramos el fenómeno jurídico de la inoponibilidad.

La inoponibilidad impide exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un acto jurídico a un sujeto determinado por razón de causas expresamente señaladas en la Ley.

En este sentido la decisión del órgano social, que de conformidad con el citado artículo 188 del Código de Comercio no ostente el carácter de general, es decir que los efectos jurídicos de la misma no afecten o favorezcan a todos los socios o accionistas de la sociedad, es inoponible frente a aquellos que no hicieron parte en su adopción, bien sea porque no se encontraron presentes o representados en la respectiva reunión o porque se manifestaron en desacuerdo con la misma mediante su votación en sentido negativo.

Lo anterior nos lleva a concluir que como en todos los casos en que se presenta el fenómeno de la inoponibilidad, la efectividad del mismo en beneficio de quienes ha sido consagrada, entre ellos los socios minoritarios, se verifica por vía de excepción cuando se exige el cumplimiento de la obligación derivada del respectivo acto jurídico, en este caso de la decisión del máximo órgano social.

Significa ello que la aplicación de dicha sanción, al igual que como ocurre con la de ineficacia, no depende en estricto sentido de declaración jurisdiccional alguna.

**2.2.8.2 Acción de responsabilidad contra los administradores.** En la parte general del presente trabajo de grado fueron señaladas las personas que de conformidad con la Ley ostentan la calidad de administradores, sujetos contra los

que es posible dirigir la acción social de responsabilidad con fines de reparación de los perjuicios causados a la sociedad, e indirectamente a los socios o accionistas, con ocasión del incumplimiento de sus deberes, del régimen de inhabilidades e incompatibilidades o por la inobservancia de las prohibiciones establecidas en la Ley.

La fuente de responsabilidad de los administradores se encuentra consagrada en el artículo 24 de la Ley 222 de 1995, el cual modificó el artículo 200 del Código de Comercio en los siguientes términos:

*ART. 24 —Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.*

*No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.*

*En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.*

*De igual manera se presumirá la culpa cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia. En estos casos el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar.*

*Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal.*

*Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos.*

Adicionalmente el artículo 42 de la misma Ley consagra un evento preciso de generación de responsabilidad para los administradores sociales en materia de estados financieros, en la siguiente forma:

*ART. 42. —Ausencia de estados financieros. Sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar, cuando sin justa causa una sociedad se abstuviere de preparar o difundir estados financieros estando obligada*

*a ello, los terceros podrán aducir cualquier otro medio de prueba aceptado por la ley.*

*Los administradores y el Revisor Fiscal, responderán por los perjuicios que causen a la sociedad, a los socios o a terceros por la no preparación o difusión de los estados financieros.*

Subrayado fuera de texto.

A su vez, la acción social de responsabilidad en contra de los administradores se encuentra consagrada novedosamente en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, así:

*ART. 25. —Acción social de responsabilidad. La acción social de responsabilidad contra los administradores corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios, que podrá ser adoptada aunque no conste en el orden del día. En este caso, la convocatoria podrá realizarse por un número de socios que represente por lo menos el veinte por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés en que se halle dividido el capital social.*

*La decisión se tomará por la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión e implicará la remoción del administrador.*

*Sin embargo, cuando adoptada la decisión por la asamblea o junta de socios, no se inicie la acción social de responsabilidad dentro de los tres meses siguientes, ésta podrá ser ejercida por cualquier administrador, el Revisor Fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad. En este caso los acreedores que representen por lo menos el cincuenta por ciento del pasivo externo de la sociedad, podrán ejercer la acción social siempre y cuando el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para satisfacer sus créditos.*

*Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de los derechos individuales que correspondan a los socios y a terceros.*

Consideramos pertinente aclarar que esta acción judicial es denominada “acción social de responsabilidad”, debido a que los socios o accionistas, promotores de del ejercicio de acción judicial en el seno del máximo órgano social y quienes acuden ante la jurisdicción, no actúan con fundamento en una legitimación en la causa propia y directa, como quiera que el interés económico que se busca proteger es el interés general de la persona jurídica de la sociedad comercial, sin

dejar de lado que por obvias razones los derechos económicos de la persona jurídica de la sociedad indirectamente son de interés para sus asociados.

En cuanto al trámite procesal que debe imprimirse a la acción social de responsabilidad, con el ánimo de hacer de la misma un mecanismo judicial más eficaz que las acciones judiciales ordinarias, el legislador en el artículo 233 de la Ley 222 de 1995 ordena que dicha acción se tramite como proceso verbal sumario.

En efecto dispone la norma citada lo siguiente:

*ART. 233. — Remisión al proceso verbal sumario. Los conflictos que tengan origen en el contrato social o en la ley que lo rige, cuando no se hayan sometido a pacto arbitral o amigable composición, se sujetarán al trámite del proceso verbal sumario, salvo disposición legal en contrario.*

En lo que se refiere a la oportunidad para promover y definitivamente presentar ante la jurisdicción ordinaria la demanda contra los administradores para que se declare su responsabilidad frente a la sociedad, es claro que se debe atender al término de prescripción de cinco (5) años establecido en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995 para las acciones judiciales a que hubiere lugar con ocasión de las demás disposiciones normativas de la misma Ley y en el libro segundo del Código de Comercio referente a las sociedades comerciales, los cuales en nuestro criterio se debe contar desde la fecha en que se incurrió en la conducta indebida o en la que se ejecutó el último acto positivo o negativo en el caso de las conductas continuadas o que se vienen ejecutando a lo largo del tiempo en un período determinado.

Establece la norma citada lo siguiente:

*ART. 235. — Término de prescripción. Las acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de la violación a lo previsto en el libro segundo del Código de Comercio y en esta ley, prescribirán en cinco años, salvo que en ésta se haya señalado expresamente otra cosa.*

A partir del anterior marco normativo, respaldado por el precedentemente analizado artículo 23 de la misma Ley 222 de 1995, nos es posible identificar en esta clase de acción judicial, de la cual también son titulares los socios o accionistas en las sociedades comerciales, y dentro de ellos obviamente los socios minoritarios que usualmente no son partícipes de la administración en forma directa, las siguientes características:

a) La titularidad de la acción social de responsabilidad recae sobre la persona jurídica de la sociedad y su ejercicio o no depende de decisión adoptada por el máximo órgano social en la forma prevista en la norma legal que la consagra.

b) La pretensión envuelta en la acción social de responsabilidad se dirige a que le sean indemnizados a la persona jurídica de la sociedad los perjuicios causados con la conducta indebida de los administradores, calificada como tal en los términos del artículo 200 del Código de Comercio, y reivindicándose la integridad del patrimonio de la misma persona jurídica.

c) La decisión del máximo órgano social para ejercer o no la acción social de responsabilidad contra los administradores de la sociedad puede ser adoptada en cualquier clase de reunión así no se encuentre previsto este asunto dentro del orden del día, con la mayoría simple de los votos susceptibles de ser emitidos por quienes se encuentren presentes y representados en la misma reunión.

d) La reunión del máximo órgano social para que se defina el ejercicio o no de la acción de responsabilidad social contra los administradores puede ser convocada directamente por los socios o accionistas que representen al menos el veinte por ciento (20%) de las acciones, cuotas o partes de interés en que se divide el capital social de la respectiva sociedad comercial.

e) Adoptada la decisión por el máximo órgano social de ejercer la acción social de responsabilidad contra administrador alguno, el mismo se entiende consecuentemente removido de su cargo y corresponde al órgano social competente proceder a designar su reemplazo, realizándose la debida inscripción en el registro mercantil.

f) Si luego de ordenado por el máximo órgano social el ejercicio de la acción social de responsabilidad, la misma no es ejercida dentro de los tres (3) meses siguientes a la adopción de dicha decisión, legalmente se encuentra facultado cualquier administrador, el Revisor Fiscal y cualquier socio para ejercerla en cumplimiento de dicha orden en nombre de la respectiva sociedad.

g) En todo caso, y como fórmula alterna a la acción social de responsabilidad, la Ley autoriza el ejercicio, por parte de los socios o accionistas y de los terceros acreedores, de acciones judiciales contra los administradores dirigidas a establecer su responsabilidad frente a cada uno de ellos por los perjuicios causados con sus actuaciones u omisiones que vulneren el régimen legal y estatutario de sus deberes, inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones.

**2.2.8.3 Acción penal.** Previo al análisis de esta acción judicial como medio de protección de los derechos de los socios minoritarios dentro de nuestro régimen jurídico colombiano, debemos advertir la existencia del régimen jurídico de

transición e implementación del sistema oral en la jurisdicción penal, consagrado a partir del artículo 528 de la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, según el cual el mencionado nuevo Código es aplicable a las conductas punibles acaecidas con posterioridad al 1º de enero de 2005 en atención a los criterios de implementación gradual del sistema de oralidad prevista en el artículo 529 ibídem y según los cuales en el artículo 530 del mismo estatuto procesal dicha implementación se desarrollará por distritos judiciales, culminándose dicho proceso el 1º de enero de 2008.

Por esta razón haremos referencia a los dos estatutos procesales transitoriamente aplicables, contenidos en las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, siendo claro que afortunadamente a efectos de la seguridad jurídica el Código Penal vigente sigue siendo el adoptado mediante la Ley 599 de 2000.

No obstante la titularidad de la acción penal en nuestro ordenamiento jurídico radica en el Estado<sup>21</sup> y que aún se encuentra vigente el principio “*societas delinquere non potest*”, esto es que no le es posible a las personas jurídicas delinquir, por considerarse a las mismas como inimputables, en atención a la realidad jurídico – económica, la cual nos demuestra que dentro de la estructura del ente societario, las personas naturales que integran los órganos sociales, y que consecuentemente dirigen y gobiernan a la misma, incurren ocasionalmente en varias de las conductas descritas como punibles en nuestro Código Penal vigente (Ley 599 de 2000) en un evidente abuso ilegítimo de sus atribuciones y funciones que los son propias dentro del régimen societario, hemos considerado pertinente abordar el análisis de la acción penal promovida por vía de denuncia o de querrela como medida judicial, que atendiendo a los criterios de *última ratio*, sirve a los socios o accionistas minoritarios como mecanismo de protección de sus derechos políticos y económicos.

Cuando hacemos referencia que el socio o accionista debe acudir a la acción penal bajo los criterios de *última ratio*, queremos significar que lo debido, con el ánimo de no incurrir en acciones temerarias o en el delito de falsa denuncia, es que la misma se promueva a través de la presentación de la denuncia o querrela respectiva cuando no sean suficientes las actuaciones administrativas y las acciones judiciales antes analizadas para hacer frente a las conductas abusivas e ilegítimas de los administradores sociales o de alguno de los socios o accionistas.

A continuación transcribiremos las normas de cada uno de los estatutos de procedimiento penal antes mencionados, referentes al deber de denunciar, a la querrela como requisito de procesabilidad en los casos expresamente calificados

---

<sup>21</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 600 de 2000. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, artículo 26; y REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, artículo 66.

en la misma ley como delitos querellables, a la legitimación para presentar la misma, los requisitos formales de la denuncia o querrela y el término de caducidad para la presentación de ésta última, son las que se transcriben a continuación.

**2.2.8.3.1 Ley 600 de 2000.** En el estatuto de procedimiento penal expedido mediante la Ley 600 de 2000, entre las normas cuya transcripción anunciamos como pertinente para los fines del presente acápite de la acción penal, encontramos las siguientes:

*ART. 27. —Deber de denunciar. Toda persona debe denunciar a la autoridad las conductas punibles de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio.*

*El servidor público que por cualquier medio conozca de la comisión de una conducta punible que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento de la autoridad competente.*

*ART. 29. —Requisitos de la denuncia, de la querrela o de la petición. La denuncia, querrela o petición se hará bajo juramento, verbalmente o por escrito, dejando constancia del día y hora de su presentación y contendrá una relación detallada de los hechos que conozca el denunciante. Éste deberá manifestar, si le consta, que los mismos hechos ya han sido puestos en conocimiento de otro funcionario. Si la denuncia fuere escrita, el juramento se entenderá prestado por la sola presentación de la misma.*

*Se inadmitirán las denuncias sin fundamento y las anónimas que no suministren pruebas o datos concretos que permitan encauzar la investigación, las que serán remitidas a los organismos que desarrollan funciones de policía judicial para que realicen las diligencias necesarias de verificación.*

*ART. 31. —Condiciones de procesabilidad. La querrela y la petición especial son condiciones de procesabilidad de la acción penal.*

*Cuando la conducta punible requiera petición especial deberá ser presentada por el Procurador General de la Nación.*

*ART. 32. —Querellante legítimo. La querella únicamente puede ser presentada por el sujeto pasivo de la conducta punible. Si éste fuere incapaz o persona jurídica, debe ser formulada por su representante legal. Si el querellante legítimo ha fallecido, podrán presentarla sus herederos.*

*Cuando el sujeto pasivo estuviere imposibilitado para formular la querella, o sea incapaz y carezca de representante legal, o éste sea autor o partícipe de la conducta punible, puede presentarla el defensor de familia, el agente del Ministerio Público o el Defensor del Pueblo o los perjudicados directos.*

*En los delitos de inasistencia alimentaria será también querellante legítimo el defensor de familia.*

*ART. 34. —Caducidad de la querella. La querella debe presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la comisión de la conducta punible. No obstante, cuando el querellante legítimo, por razones de fuerza mayor o caso fortuito acreditados, no hubiere tenido conocimiento de su ocurrencia, el término se contará a partir del momento en que aquéllos desaparezcan, sin que en este caso sea superior a un (1) año.*

**2.2.8.3.2 Ley 906 de 2004.** De otro lado, en el nuevo Código de Procedimiento Penal, mediante el cual se implementa el sistema oral a los juicios en esta materia, las normas referentes al deber de denunciar, los requisitos de la denuncia, las condiciones de procesabilidad, el querellante legítimo y la caducidad de la querella, son las siguientes:

*ART. 67. —Deber de denunciar. Toda persona debe denunciar a la autoridad los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio.*

*El servidor público que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento ante la autoridad competente.*

*ART. 69.—Requisitos de la denuncia, de la querella o de la petición. La denuncia, querella o petición se hará verbalmente, o por escrito, o por cualquier medio técnico que permita la identificación del autor, dejando*

*constancia del día y hora de su presentación y contendrá una relación detallada de los hechos que conozca el denunciante. Este deberá manifestar, si le consta, que los mismos hechos ya han sido puestos en conocimiento de otro funcionario. Quien la reciba advertirá al denunciante que la falsa denuncia implica responsabilidad penal.*

*En todo caso se inadmitirán las denuncias sin fundamento.*

*La denuncia solo podrá ampliarse por una sola vez a instancia del denunciante, o del funcionario competente, sobre aspectos de importancia para la investigación.*

*Los escritos anónimos que no suministren evidencias o datos concretos que permitan encauzar la investigación se archivarán por el fiscal correspondiente.*

*ART. 70. —Condiciones de procesabilidad. La querella y la petición especial son condiciones de procesabilidad de la acción penal.*

*Cuando el delito requiera petición especial deberá ser presentada por el Procurador General de la Nación.*

*ART. 71. —Querellante legítimo. La querella únicamente puede ser presentada por el sujeto pasivo del delito. Si este fuere incapaz o persona jurídica, debe ser formulada por su representante legal. Si el querellante legítimo ha fallecido, podrán presentarla sus herederos.*

*Cuando el sujeto pasivo estuviere imposibilitado para formular la querella, o sea incapaz y carezca de representante legal, o este sea autor o partícipe del delito, puede presentarla el Defensor de Familia, el agente del Ministerio Público o los perjudicados directos.*

*En el delito de inasistencia alimentaria será también querellante legítimo el Defensor de Familia.*

*El Procurador General de la Nación podrá formular querella cuando se afecte el interés público o colectivo.*

*La intervención de un servidor público como representante de un menor incapaz, no impide que pueda conciliar o desistir. El juez tendrá especial cuidado de verificar que la causa de esta actuación o del acuerdo, se produzca en beneficio de la víctima para garantizar la reparación integral o la indemnización económica.*

*ART. 73. —Caducidad de la querrela. La querrela debe presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la comisión del delito. No obstante, cuando el querellante legítimo por razones de fuerza mayor o caso fortuito acreditados no hubiere tenido conocimiento de su ocurrencia, el término se contará a partir del momento en que aquellos desaparezcan, sin que en este caso sea superior a seis (6) meses.*

**2.2.8.3.3 Diversas conductas punibles.** Precisadas las anteriores particularidades propias del proceso penal, pasamos bajo un enfoque meramente teórico, toda vez que la conducta humana es tan compleja y variada como comportamientos despliegue cada uno de los seres de nuestra especie, y entre ellos los administradores y socios o accionistas, hemos logrado identificar como las probables conductas punibles que pudieren presentarse en el contexto de las relaciones jurídico – económicas societarias a las siguientes: (i) falsedad documental, (ii) violación de secretos industriales, (iii) fraudes fiscales –omisión de agente retenedor-, (iv) defraudaciones, (v) estafa y (vi) los demás delitos contra el patrimonio económico, bien sea que atenten contra el patrimonio de la sociedad o contra el patrimonio individual de cada uno de los socios o accionistas.

En este sentido, consideramos conveniente hacer también la transcripción de cada uno de los tipos penales establecidos por el legislador que describen las conductas punibles antes enunciadas y fijan las sanciones para las mismas, de tal suerte que de coincidir dicha descripción con el comportamiento de las personas integrantes de los órganos sociales o de algún asociado a la misma, de conformidad con la normas relativas al deber de denunciar y la necesidad de la querrela de parte como requisito de procesabilidad, el socio minoritario o grupo de ellos podrán acudir fundadamente ante la jurisdicción penal para que a través de la Fiscalía General de la Nación se investiguen los hechos estableciéndose la ocurrencia o no de la conducta punible respectiva, dándose paso a la etapa de juzgamiento ante los jueces penales competentes, todo ello en atención a los principios y reglas propias del debido proceso y con observancia de las normas de procedimiento en el respectivo estatuto procesal aplicable de acuerdo al actual régimen de implementación y transición gradual.

Es así como de acuerdo a la clasificación anterior de conductas punibles, pasamos a identificar la tipificación de las mismas en el Código Penal vigente (Ley 599 de 2000).

**2.2.8.3.3.1 Falsedad documental.** Se encuentran tipificados este grupo de conductas punibles en los siguientes tipos penales:

*Artículo 289. Falsedad en documento privado. El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de uno (1) a seis (6) años.*

*Artículo 291. Uso de documento falso. El que sin haber concurrido a la falsificación hiciere uso de documento público falso que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años.*

*Artículo 293. Destrucción, supresión y ocultamiento de documento privado. El que destruya, suprima u oculte, total o parcialmente un documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de uno (1) a seis (6) años.*

*Artículo 294. Documento. Para los efectos de la ley penal es documento toda expresión de persona conocida o conocible recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso, soporte material que exprese o incorpore datos o hechos, que tengan capacidad probatoria.*

*Artículo 295. Falsedad para obtener prueba de hecho verdadero. El que realice una de las conductas descritas en este capítulo, con el fin de obtener para sí o para otro medio de prueba de hecho verdadero, incurrirá en multa.*

*ART. 43.— Ley 222 de 1995 - Responsabilidad penal. Sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas, serán sancionados con prisión de uno a seis años, quienes a sabiendas:*

- 1. Suministren datos a las autoridades o expidan constancias o certificaciones contrarias a la realidad.*
- 2. Ordenen, toleren, hagan o encubran falsedades en los estados financieros o en sus notas.*

La comisión de las conductas punibles en materia de falsedad de documentos se presenta comúnmente y entre otros casos en la preparación y certificación de actas correspondientes a las reuniones de los órganos sociales, comprobantes y soportes contables y en la certificación y presentación de estados financieros.

**2.2.8.3.3.2 Violación de secretos industriales.** Esta categoría de conductas punibles se encuentran tipificadas en el Código Penal vigente (Ley 599 de 2000), en la siguiente forma:

*Artículo 194. Divulgación y empleo de documentos reservados. El que en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro divulgue o emplee el contenido de un documento que deba permanecer en reserva, incurrirá en multa, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.*

*Artículo 308. Violación de reserva industrial o comercial. El que emplee, revele o divulgue descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial, llegados a su conocimiento por razón de su cargo, oficio o profesión y que deban permanecer en reserva, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de veinte a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*En la misma pena incurrirá el que indebidamente conozca, copie u obtenga secreto relacionado con descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial.*

*La pena será de tres (3) a siete (7) años de prisión y multa de cien (100) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si se obtiene provecho propio o de tercero.*

Debemos agregar que este último tipo penal aparece dentro del título del estatuto punitivo que se dirige a proteger el bien jurídico inmerso en el orden económico y social, y que como lo anunciamos al abordar el análisis de los deberes de los administradores, tiene relación directa con los efectos derivados del desconocimiento de la prohibición, consagrada para quienes integran los órganos sociales, de divulgar la información reservada en materia comercial e industrial de la sociedad y de utilizar indebidamente la información privilegiada obtenida con ocasión de sus cargos.

**2.2.8.3.3.3 Fraudes fiscales.** Constituyen conductas punibles de esta clase de delito, las descritas en el artículo 402 del Código Penal vigente (Ley 599 de 2000):

*Artículo 402. Omisión del agente retenedor o recaudador. El agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente dentro de los dos*

*(2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la fuente o quien encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas no las consigne dentro del término legal, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*En la misma sanción incurrirá el responsable del impuesto sobre las ventas que, teniendo la obligación legal de hacerlo, no consigne las sumas recaudadas por dicho concepto, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración del impuesto sobre las ventas.*

*Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones.*

*Parágrafo. El agente retenedor o autorretenedor, responsable del impuesto a las ventas o el recaudador de tasas o contribuciones públicas, que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, según el caso, junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas, se hará beneficiario de resolución inhibitoria, preclusión de investigación, o cesación de procedimiento dentro del proceso penal que se hubiera iniciado por tal motivo, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar.*

Este novedoso tipo penal que protege los recursos del Estado cuyo recaudo legalmente se le confía al ente social, gestión a cargo de los administradores de la misma, se especializa en la conducta de los administradores privados y hace innecesario acudir a la figura del peculado, tipo penal de sujeto calificado en el que incurren los funcionarios públicos al obtener provecho económico para sí en detrimento del patrimonio del Estado.

**2.2.8.3.3.4 Defraudaciones.** Aparecen tipificadas en nuestro estatuto penal vigente esta categoría de conductas punibles contra el patrimonio económico, en las siguientes normas:

*Artículo 251. Abuso de condiciones de inferioridad. El que con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito y abusando de la necesidad, de la pasión o del trastorno mental de una persona, o de su inexperiencia, la induzca a realizar un acto capaz de producir efectos*

*jurídicos que la perjudique, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*Si se ocasionare el perjuicio, la pena será de dos (2) a cinco (5) años de prisión y multa de diez (10) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*Artículo 252. Aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito. El que se apropie de bien que pertenezca a otro y en cuya posesión hubiere entrado por error ajeno o caso fortuito, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.*

*La pena será de prisión de uno (1) a dos (2) años cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*Artículo 253. Alzamiento de bienes. El que alzare con sus bienes o los ocultare o cometiere cualquier otro fraude para perjudicar a su acreedor, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*Artículo 258. Utilización indebida de información privilegiada. El que como empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad privada, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de su cargo o función y que no sea objeto de conocimiento público, incurrirá en multa.*

*En la misma pena incurrirá el que utilice información conocida por razón de su profesión u oficio, para obtener para sí o para un tercero, provecho mediante la negociación de determinada acción, valor o instrumento registrado en el Registro Nacional de Valores, siempre que dicha información no sea de conocimiento público.*

*Artículo 259. Malversación y dilapidación de bienes. El que malverse o dilapide los bienes que administre en ejercicio de tutela o curatela, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años, siempre que la conducta no constituya otro delito.*

En los tipos penales antes transcritos se contiene la descripción de conductas en las que pudieren incurrir los administradores sociales al inducir a los socios o accionistas a celebrar a negociaciones sobre sus derechos económicos en la sociedad en detrimento injustificado de su patrimonio o al ejecutar indebida representación legal y gestión de los negocios de la persona jurídica de la sociedad.

**2.2.8.3.3.5 Estafa.** Este tipo penal de especial relevancia en materia de derecho societario y con no poca frecuencia de configuración mediante la actuación desviada, engañosa y abusiva de administradores sociales y grupos de socios en contra de socios o accionistas minoritarios, aparece establecido en nuestro estatuto punitivo en los siguientes términos:

*Artículo 246. Estafa. El que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*En la misma pena incurrirá el que en lotería, rifa o juego, obtenga provecho para sí o para otros, valiéndose de cualquier medio fraudulento para asegurar un determinado resultado.*

*La pena será de prisión de uno (1) a dos (2) años y multa hasta de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

Esta conducta punible, a nuestro criterio, ordinariamente configurable cuando los administradores sociales ostentan simultáneamente la calidad de socios o accionistas y con su actuar generan fraudulentamente confusión y artificios engañosos tendientes a reducir la participación de alguno o los demás socios o accionistas dentro del capital de la sociedad, aumentando la de ellos, y por ende alternando su legítimo derecho de participación en los beneficios económicos derivados del desarrollo de las actividades propias al objeto social, o cuando no afectando el nivel de participación en el capital social, la sustracción irregular de los recursos de la sociedad para su beneficio particular indoctamente generan detrimento al valor económico intrínseco de las acciones, cuotas sociales o partes de interés de que son titulares determinados socios.

**2.2.8.3.3.6 Demás delitos contra el patrimonio económico.** Por tratarse las actividades desarrolladas por la sociedad comercial de asuntos esencialmente económicos, y encontrándose la ejecución de las mismas a cargo de los administradores, la tendencia a la afectación ilegal de los patrimonios de la persona jurídica de la sociedad y de los socios o accionistas en particular, genera la posibilidad jurídica de encuadrar varias conductas inapropiadas de los administradores sociales en los demás tipos penales que componen el catálogo de conductas punibles atentatorias contra el bien jurídico protegido por la Ley penal como patrimonio económico.

Encontramos como conductas punibles que adicionalmente se destacan dentro de las consagradas en el título séptimo de la parte especial del Código Penal, en atención a la especialidad del Derecho que nos ocupa, las siguientes: hurto (artículo 239), abuso de confianza (artículo 249) y daño en bien ajeno (artículo 265).

**2.2.8.4 Indemnización de los perjuicios patrimoniales dentro del proceso penal.** Finalmente debemos poner de presente que junto con la promoción de la acción penal, a los perjudicados con la conducta punible, y entre ellos los socios o accionistas de cualquier tipo de sociedad comercial, dentro del contexto en el que adelantamos el presente análisis académico, les asiste el derecho a exigir la indemnización correspondiente de los perjuicios causados con determinada conducta punible, derecho que de acuerdo a la transición de los estatutos procesales vigentes, debe ejercerse de una de las dos formas establecidas legalmente, a saber: la constitución de parte civil dentro del proceso penal o el incidente de reparación integral.

Sobre la titularidad de la acción civil derivada de la conducta punible y de su ejercicio dentro del proceso penal, en *primer lugar* encontramos en el Código Penal vigente (Ley 599 de 2000), las siguientes disposiciones normativas:

*Artículo 94. Reparación del daño. La conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella.*

*ART. 95. Titulares de la acción civil. Las personas naturales, o sus sucesores, las jurídicas perjudicadas directamente por la conducta punible tienen derecho a la acción indemnizatoria correspondiente, la cual se ejercerá en la forma señalada por el Código de Procedimiento Penal.*

*El actor popular tendrá la titularidad de la acción civil cuando se trate de lesión directa de bienes jurídicos colectivos.*

*ART.96. Obligados a indemnizar. Los daños causados con la infracción deben ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria, y por los que, conforme a la ley sustancial, están obligados a responder.*

*ART. 97. Indemnización por daños. En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales.*

*Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.*

*Los daños materiales deben probarse en el proceso.*

*ART.98. Prescripción. La acción civil proveniente de la conducta punible, cuando se ejercita dentro del proceso penal, prescribe, en relación con los penalmente responsables, en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal. En los demás casos, se aplicarán las normas pertinentes de la legislación civil.*

*ART.99. Extinción de la acción civil. La acción civil derivada de la conducta punible se extingue por cualquiera de los modos consagrados en el Código Civil. La muerte del procesado, el indulto, la amnistía impropia, y, en general las causales de extinción de la punibilidad que no impliquen disposición del contenido económico de la obligación, no extinguen la acción civil.*

En segundo lugar, el Código de Procedimiento Penal expedido mediante la Ley 600 de 2000, en concordancia con las normas del Código Penal que acabamos de transcribir, sobre la titularidad, sujetos contra quienes se debe dirigir la pretensión indemnizatoria, la oportunidad y requisitos para la presentación de la misma pretensión, dispone lo siguiente:

*ART. 45. Titulares. (Código de Procedimiento Penal Ley 600 de 2000)  
La acción civil individual o popular para el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales y colectivos causados por la conducta punible, podrá ejercerse ante la jurisdicción civil o dentro del proceso penal, a elección de las personas naturales o jurídicas perjudicadas, por los herederos o sucesores de aquéllas, por el Ministerio Público o por el actor popular cuando se trate de lesión directa a bienes jurídicos colectivos. En este último evento, sólo podrá actuar un ciudadano y será reconocido quien primero se constituya. El actor popular gozará del beneficio de amparo de pobreza de que trata el Código de Procedimiento Civil.*

*Si el titular de la acción indemnizatoria no tuviere la libre administración de sus bienes y optare por ejercerla en el proceso penal, se constituirá en parte civil mediante demanda presentada por su representante legal.*

*ART. 46 Quiénes deben indemnizar. (Código de Procedimiento Penal Ley 600 de 2000) Están solidariamente obligados a reparar el daño y a resarcir los perjuicios causados por la conducta punible las personas que resulten responsables penalmente y quienes, de acuerdo con la ley sustancial, deban reparar el daño.*

*ART. 47. Oportunidad para la constitución de parte civil. Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000) La constitución de parte civil, como actor individual o popular, podrá intentarse en cualquier momento.*

*ART. 48. Requisitos. (Código de Procedimiento Penal) Quien pretenda constituirse en parte civil dentro del proceso penal, si no fuere abogado titulado, otorgará poder para el efecto.*

*La demanda de constitución de parte civil deberá contener:*

*El nombre y domicilio del perjudicado con la conducta punible.*

*El nombre y domicilio del presunto responsable, si lo conociere.*

*El nombre y domicilio de los representantes o apoderados de los sujetos procesales, si no pueden comparecer o no comparecen por sí mismas.*

*La manifestación, bajo la gravedad de juramento, que se entiende prestado con la presentación de la demanda, de no haber promovido proceso ante la jurisdicción civil, encaminado a obtener la reparación de los daños y perjuicios ocasionados con la conducta punible.*

*Los hechos en virtud de los cuales se hubieren producido los daños y perjuicios cuya indemnización se reclama.*

*Los daños y perjuicios de orden material y moral que se le hubieren causado, la cuantía en que se estima la indemnización de los mismos y las medidas que deban tomarse para el restablecimiento del derecho, cuando fuere posible.*

*Los fundamentos jurídicos en que se basen las pretensiones formuladas.*

*Las pruebas que se pretendan hacer valer sobre el monto de los daños, cuantía de la indemnización y relación con los presuntos perjudicados, cuando fuere posible.*

*Los anexos que acrediten la representación judicial, si fuere el caso.*

*Igualmente deberá acompañarse la prueba de la representación de las personas jurídicas, cuando ello sea necesario. Si quien pretende constituirse en parte civil fuere un heredero de la persona perjudicada, deberá acompañar a la demanda la prueba que demuestre su calidad de tal.*

*Si fueren varias las personas perjudicadas, podrán constituirse en parte civil separada o conjuntamente.*

*Cuando se hubiere conferido poder en forma legal, el abogado podrá conocer el proceso siempre que acredite sumariamente la calidad de perjudicado del poderdante, obligándose a cumplir con la reserva exigida.*

*Cuando el demandado fuere persona distinta del sindicato, en la demanda deberá indicarse el lugar donde aquél o su representante recibirán notificaciones personales. En su defecto, deberá afirmar bajo juramento, que se entenderá prestado con la presentación de la demanda, que desconoce su domicilio.*

*La providencia admisorio de la demanda se notificará personalmente al demandado o a su representante legal y se le hará entrega de una copia de la demanda y de sus anexos. No habiendo sido posible la notificación personal, se surtirá el emplazamiento respectivo de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.*

Finalmente y en *tercer lugar*, debemos anotar que dentro del nuevo estatuto procesal penal, expedido mediante la Ley 906 de 2004, no se otorga la posibilidad de adelantar la persecución de la pretensión indemnizatoria del daño causado mediante la constitución de parte civil dentro del trámite del proceso penal, en lugar de dicha figura procesal fue creado el trámite de un incidente, luego de establecida la responsabilidad penal del acusado.

Dicha actuación procesal que se surte a la finalización del respectivo proceso penal se encuentra consagrada y su trámite regulado, en la siguiente forma:

*ART. 102. Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral. Código de Procedimiento Penal. Emitido el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador abrirá inmediatamente el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal, y convocará a audiencia pública dentro de los ocho (8) días siguientes.*

*Cuando la pretensión sea exclusivamente económica, solo podrá ser formulada por la víctima directa, sus herederos, sucesores o causahabientes.*

*ART. 103. Trámite del incidente de reparación integral. Iniciada la audiencia el incidentante formulará oralmente su pretensión en contra del declarado penalmente responsable, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira e indicación de las pruebas que hará valer.*

*El juez examinará la pretensión y deberá rechazarla si quien la promueve no es víctima o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y éste fuere la única pretensión formulada. La decisión negativa al reconocimiento de la condición de víctima será objeto de recurso de impugnación en los términos de este código.*

*Admitida la pretensión el juez la pondrá en conocimiento del declarado penalmente responsable y acto seguido ofrecerá la posibilidad de una conciliación que de prosperar dará término al incidente y lo allí acordado se incorporará a la sentencia. En caso contrario el juez fijará fecha para una nueva audiencia dentro de los ocho (8) días siguientes para intentar nuevamente la conciliación y de no lograrse el declarado penalmente responsable deberá ofrecer sus propios medios de prueba.*

*ART. 104. Audiencia de pruebas y alegaciones. El día y hora señalados el juez realizará la audiencia, la cual iniciará con una invitación a los intervinientes a conciliar. De lograrse el acuerdo su contenido se incorporará a la decisión. En caso contrario, se procederá a la práctica de la prueba ofrecida por cada parte y se oirá el fundamento de sus pretensiones.*

*PAR. — La ausencia injustificada del solicitante a las audiencias de este trámite implicará el desistimiento de la pretensión, el archivo de la solicitud, y la condenatoria en costas.*

*Si injustificadamente no compareciere el declarado penalmente responsable se recibirá la prueba ofrecida por los presentes y, con base*

*en ella, se resolverá. Quien no comparezca, habiendo sido citado en forma debida, quedará vinculado a los resultados de la decisión del incidente.*

*ART.105 —Decisión de reparación integral. En la misma audiencia el juez adoptará la decisión que ponga fin al incidente, la cual se incorporará a la sentencia de responsabilidad penal.*

*ART.106. Caducidad. La solicitud para la reparación integral por medio de este procedimiento especial caduca treinta (30) días después de haberse anunciado el fallo de responsabilidad penal.*

*ART. Tercero civilmente responsable. Es la persona que según la ley civil deba responder por el daño causado por la conducta del condenado.*

*El tercero civilmente responsable podrá ser citado o acudir al incidente de reparación a solicitud de la víctima del condenado o su defensor. Esta citación deberá realizarse en la audiencia que abra el trámite del incidente.*

*ART. 108 - Citación del asegurador. Exclusivamente para efectos de la conciliación de que trata el artículo 103, la víctima, el condenado, su defensor o el tercero civilmente responsable podrán pedir la citación del asegurador de la responsabilidad civil amparada en virtud del contrato de seguro válidamente celebrado, quien tendrá la facultad de participar en dicha conciliación.*

De esta forma dejamos esbozado el objeto y forma de promoción de la acción penal como medio de protección de los derechos de los socios o accionistas, y entre ellos los minoritarios, sin profundizar más en ella como quiera que no es la materia central de disertación en el presente trabajo de grado y tampoco constituye nuestra especialidad.

### **2.3 MECANISMOS DE PROTECCIÓN EN LOS DISTINTOS TIPOS SOCIALES**

Establecido y descrito el marco jurídico – teórico en que se encuentran consagrados los instrumentos de que pueden hacer uso los asociados minoritarios en las sociedades comerciales en Colombia, para la protección y promoción de sus derechos, a través de su oportuna e idónea participación, nos corresponde ahora, a efectos prácticos y con el ánimo de que todo lo anteriormente expuesto cobre la utilidad que aspiramos reporte al lector, retomar el análisis sucinto de los

derechos políticos y económicos antes involucrados en el presente trabajo de grado y relacionados con los mecanismos de protección de los derechos de los socios o accionistas minoritarios que también ya fueron expuestos.

La metodología consistirá en identificar y resaltar las características esenciales de cada uno de los tipos sociales mencionados, para luego precisar las más relevantes variantes jurídicas y a veces fácticas, del ejercicio de los derechos políticos y económicos estudiados, debido a que en atención a dichas particularidades o características especiales de cada una de las formas de sociedad, las mismas no alcanzaron a ser comprendidas en los acápites correspondientes y antecedentes de este mismo trabajo.

**2.3.1 Sociedad colectiva.** Este modelo de sociedad comercial, cuya normatividad legal aplicable se encuentra en el Título III del Libro Segundo del Código de Comercio, corresponde a la más pura expresión de las denominadas sociedades de personas, en las que el conocimiento de las cualidades, atributos, capacidades, solvencia moral y económica, como la confianza mutua entre los asociados son determinantes en las relaciones jurídico – económicas de los mismos o *affectio societatis*.

En este tipo de sociedad comercial, si bien es posible la identificación de la responsabilidad patrimonial independiente por los actos o negocios jurídicos de la persona jurídica de la sociedad y los celebrados por cada uno de sus asociados, también constituye arista principal de este modelo social, el respaldo o garantía que los socios prestan a la persona jurídica de la sociedad, al comprometer en forma ilimitada su patrimonio para responder solidariamente frente a terceros por las obligaciones adquiridas por el ente social, en desarrollo de las actividades económicas propias de su objeto social.

En efecto, el artículo 294 del Código de Comercio, establece tal grado de responsabilidad para los asociados bajo la forma de sociedad colectiva, en los siguientes términos:

*ART. 294. — Todos los socios de la sociedad en nombre colectivo responderán solidaria e ilimitadamente por las operaciones sociales. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita.*

*Esta responsabilidad sólo podrá deducirse contra los socios cuando se demuestre, aun extrajudicialmente que la sociedad ha sido requerida vanamente para el pago.*

*En todo caso los socios podrán alegar las excepciones que tenga la sociedad contra sus acreedores.*

De conformidad con la norma transcrita, la responsabilidad de los socios de la sociedad colectiva a la que hacemos referencia es de carácter ilimitada, solidaria y subsidiaria<sup>1</sup>.

De otro lado, como en todas las sociedades comerciales, el capital de la sociedad colectiva, patrimonio inicial de la sociedad comercial, lo conforman las aportaciones que realizan en dinero, en trabajo o en especie los socios en número mínimo de dos, de acuerdo a la definición del contrato de sociedad<sup>2</sup>, aplicable aquí ante la ausencia de norma legal que exija un número de socios distinto para la constitución de una sociedad comercial bajo este modelo.

El nombre de las sociedades colectivas lo constituye una “*razón social*” que en los términos del artículo 303 del Código de Comercio, debe formarse con el nombre completo o el solo apellido de alguno o algunos de los socios seguidos de las expresiones “*y compañía*”, “*hermanos*”, “*e hijos*”, u otras análogas si no se incluyen los nombres completos o los apellidos de todos los socios, siendo clara la prohibición de abstenerse de incluir el nombre o apellido de un tercero, sancionando la misma ley al tercero que así lo tolere con la imposición de responsabilidad solidaria en los actos o negocios jurídicos de la sociedad comercial.

El *status socii* y la participación en el capital social en esta clase de sociedades se encuentra representado en una “*parte de interés*”, no constitutiva de título nominativo, de valor igual o distinto a las demás, cuya cesión sólo opera mediante reforma estatutaria que debe cumplir con las mismas solemnidades del acto de constitución, cuales son el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro mercantil de la Cámara de Comercio correspondiente<sup>3</sup>, como quiera que la proporción de participación en el capital social de los socios de una sociedad colectiva es objeto de certificación pública por tales entidades.

Los órganos que confluyen en la sociedad colectiva son el órgano de decisión o dirección, denominado junta general de socios, y el órgano de representación legal o de ejecución, el cual recae en cabeza de todos los asociados en tanto no sea delegada esta facultad a un socio en particular o en un tercero, razón por la que es posible, en principio, que todos los socios celebren y ejecuten actos y negocios jurídicos propios de las actividades comprendidas dentro del objeto social, en nombre y por cuenta de la persona jurídica de la sociedad colectiva.

---

<sup>1</sup> NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Tipos de Sociedad. Bogotá : Legis Editores, 1998. p. 41.

<sup>2</sup> Código de Comercio, Op. cit., artículo 98.

<sup>3</sup> Ibid., artículo 301.

La sociedad colectiva no se encuentra obligada legalmente a contar dentro de su estructura con órgano de administración, cual junta directiva o consejo directivo, ni con órgano de fiscalización privada a cargo de Revisor Fiscal alguno, mientras no supere el tope de activos o ingresos a que se hizo referencia al abordar el análisis de los órganos sociales en la parte general del presente trabajo de grado.

No obstante lo anterior, potestativamente los socios colectivos que por disposición estatutaria han delegado su facultad de administración y representación legal inhibiéndose de la gestión de negocios sociales, por la iniciativa de quienes en dicha condición representan el valor nominal de sus partes de interés al menos el veinte por ciento (20%) del capital social, pueden designar Revisor Fiscal con fundamento en el numeral 3º del artículo 203 del Código de Comercio.

Finalmente, debemos poner de presente que debido al grado de responsabilidad que reportan las operaciones económicas de una sociedad colectiva para sus socios, en la actualidad el número de este tipo de sociedades activas en el mercado es reducido y cada día los particulares se asocian menos bajo este modelo de sociedad comercial.

### **2.3.1.1 Derechos políticos de los socios en la sociedad colectiva.**

**2.3.1.1.1 Derecho a voto.** Como excepción a la regla general planteada, en este tipo societario el reconocimiento de este derecho a cada uno de los socios no obedece a la participación en el capital social y las mayorías son conformadas con el voto por cabezas.

Significa lo anterior que el poder decisorio de cada socio en las reuniones de la junta general de socios es igual para todos, pues cada uno de ellos es titular de una parte de interés de igual poder decisorio sin importar el porcentaje de participación en el capital social que la misma represente.

Es decir que cada uno de los socios es titular de un voto susceptible de ser emitido en cada una de las reuniones ordinarias y extraordinarias de la junta general de socios.

En este sentido, las mayorías en la junta general de socios, de una sociedad colectiva conformada por siete socios, se constituye con el voto de cuatro de ellos sin considerar el nivel de su participación en el capital social, siendo posible que el disenter de cada uno de los socios frente a la posición de los demás lo convierta en socio minoritario en la discusión de cada uno de los asuntos de interés para la sociedad.

De otro lado y en beneficio del socio que disiente de la posición de las mayorías, las decisiones trascendentales para la vida de la sociedad por exigencia legal deben ser adoptadas por unanimidad de los socios vinculados a la sociedad colectiva, como ocurre para las autorizaciones de que trata el artículo 296 del Código de Comercio y cuando se trate de cualquier decisión que implique reforma a los estatutos.

En el mismo sentido es claro que el quórum deliberativo en las sociedades colectivas se conforma con un número de socios igual al de la mitad más uno de los mismos<sup>4</sup>, salvo estipulación en concreto y en distinto sentido en los estatutos sociales.

De conformidad con lo anterior encontramos que las mayorías en el máximo órgano social se conforman ordinariamente, y como regla general, con el voto de la mitad mas uno del número total de socios, conocida ésta como mayoría absoluta, y que la mayoría especial para la adopción de las decisiones que hemos calificado como trascendentales, no es otra que la unanimidad de los socios que integran la sociedad colectiva.

En efecto, esto es lo que se desprende de la interpretación armónica y concordante de los artículos 302 y 316 del Código de Comercio, los cuales son del siguiente tenor:

*ART. 302.—Las reuniones de la junta de socios y las decisiones de la misma se sujetarán a lo previsto en el contrato social. A falta de estipulación expresa, podrá deliberarse con la mayoría numérica de los asociados cualquiera que sea su aporte, y podrán adoptarse las decisiones con el voto de no menos de la misma mayoría, salvas las reformas del contrato, que requerirán el voto unánime de los socios.*

*ART. 316.—La transferencia de partes de interés, el ingreso de nuevos socios, así como cualquiera otra reforma estatutaria y la enajenación de la totalidad o de la mayor parte de los activos sociales, requerirán el voto unánime de los socios, o de sus delegados, si otra cosa no se dispone en los estatutos. Las demás decisiones se aprobarán por mayoría absoluta de votos, salvo estipulación en contrario.*

*Cada socio tendrá derecho a un voto.*

Subrayado fuera de texto.

---

<sup>4</sup> Ibid., artículo 302.

Aparece como fundamento de la exigencia de la unanimidad para la cesión de cualquier parte de interés, la protección al esencial carácter *intuitu personae* de la sociedad colectiva, como quiera que la adopción de la autorización para la celebración de tal negocio jurídico por cualquiera de los socios, le permite a los demás conocer las calidades y capacidades del eventual cesionario, de tal suerte que se pondere los efectos de su admisión o de su rechazo<sup>5</sup>.

El ordenamiento jurídico sanciona la celebración de cesión de partes de interés sin la correspondiente autorización con la ineficacia de tal acto, generando dicho fenómeno jurídico las consecuencias antes expuestas en el presente trabajo de grado.

**2.3.1.1.2 Derecho a elegir y ser elegido.** Como ya quedó expresado, ante la ausencia de exigencia legal de incluir dentro de la estructura del ente societario colectivo un órgano de administración, cual junta directiva o consejo directivo, y ante la asignación general en todos los socios de las funciones de representación legal, no es claro que el derecho de elegir y ser elegido se predique de la posibilidad legal de la delegación exclusiva de la representación legal de la persona jurídica de la sociedad en uno de los socios.

En efecto dicha posibilidad legal constitutiva de una elección a cargo de la junta general de socios, como máximo órgano social, se contiene en los artículos 310 y 311 en los siguientes términos:

*ART. 310. —La administración de la sociedad colectiva corresponderá a todos y cada uno de los socios, quienes podrán delegarla en sus consocios o en extraños, caso en el cual los delegantes quedarán inhibidos para la gestión de los negocios sociales. Los delegados tendrán las mismas facultades conferidas a los socios administradores por la ley o por los estatutos, salvo las limitaciones que expresamente se les impongan.*

*ART. 311. —La representación de la sociedad llevará implícita la facultad de usar la firma social y de celebrar todas las operaciones comprendidas dentro del giro ordinario de los negocios sociales.*

Dicha delegación de la representación legal de la persona jurídica de la sociedad colectiva, como ocurre con la designación de administradores, es libremente

---

<sup>5</sup> NARVÁEZ, Op. cit., p. 43 – 46.

revocable por parte de los delegantes ya sea reasumiendo dicha facultad legal o delegándose la misma en otra persona,<sup>6</sup> siendo indispensable el cumplimiento de las formalidades observadas en el acto inicial de delegación, especialmente su inscripción en el respectivo registro mercantil con fines de publicidad que permitan la oponibilidad de dicha delegación y su revocación frente a terceros.

**2.3.1.1.3 Derecho de inspección.** Como ya lo habíamos advertido el derecho de inspección en las sociedades colectivas, en lo atiente al criterio de oportunidad, es de carácter permanente.

En efecto establece el artículo 314 del Código de Comercio, el cual consagra este derecho político en las sociedades colectivas, lo siguiente:

*ART. 314. — Aun delegada la administración, los socios tendrán derecho de inspeccionar, por sí mismos o por medio de representantes, los libros y papeles de la sociedad en cualquier tiempo.*

Al hacer referencia la norma transcrita a “*los libros y papeles de la sociedad*” entendemos que el criterio material concurrente en el núcleo esencial de este derecho, cual es la documentación o información sobre la que recae su ejercicio, no necesariamente se circunscribe a aquella relacionada en el artículo 446 del Código de Comercio, norma propia de las sociedades anónimas.

En la parte general del presente trabajo de grado advertimos que una interpretación restrictiva del derecho de inspección conllevaba aplicar indirectamente, en virtud de las normas de remisión entre los títulos del Libro Segundo del Código de Comercio, la norma que determina el objeto material sobre el que recae dicho derecho en el tipo de sociedad anónima.

No obstante lo anterior, atendiendo al contenido literal de la norma transcrita, y correspondiéndonos en este capítulo su especial análisis, encontramos que existe fundamento legal para que un socio dentro de la sociedad colectiva tenga un acceso menos limitado a toda la información jurídica, contable, administrativa y económica de relevancia para la vida del ente social<sup>7</sup>, como quiera que en ella se refleja la responsabilidad que frente a terceros asume ilimitada y solidariamente por las operaciones sociales.

---

<sup>6</sup> Código de Comercio, Op. cit., artículo 313.

<sup>7</sup> Superintendencia de Sociedades, Oficios Nos. 220-6397 de fecha 28 de enero de 1999 y 220-30201 de fecha 16 de abril de 1999.

Adicionalmente encontramos, también en consideración al carácter *intuitu personae* prevalente en este modelo de sociedad comercial, que la delegación del socio para que terceros ejerzan esta facultad de vigilancia privada directa sobre la situación de la sociedad colectiva, requiere de autorización especial por parte de los demás socios en los términos del numeral 2º del artículo 296 del Código de Comercio.

Dicha exigencia extrema encuentra sentido en el grado en que el derecho de inspección permanente del socio colectivo, en los términos amplios en que lo concebimos, representa riesgo para los secretos industriales e información reservada de la sociedad cuando dicha facultad es ejercida por persona no asociada a la misma<sup>8</sup>.

**2.3.1.1.4 Derecho de retiro.** Siendo ejercitable este derecho dentro de la sociedad colectiva en los términos explicados en la parte general de la presente obra, encontramos la improcedencia de invocar para su aplicación la causal general de imposición de mayor responsabilidad con la adopción de las reformas estatutarias de transformación, fusión y escisión, como quiera que no existe tipo social que reporte más responsabilidad para los asociados frente a terceros por las operaciones de la sociedad, que el modelo de sociedad colectiva.

En este sentido, es posible para el socio colectivo invocar como causal que permite ejercer este derecho, la desmejora de sus derechos patrimoniales, aplicándose de la relación enunciativa de circunstancias que el legislador presume como constitutivas de dicha situación, las dos primeras del párrafo del artículo 12 de la Ley 222 de 1995.

Por lo demás, encontramos que la finalidad perseguida por el legislador con la consagración en la mencionada Ley de este derecho a favor de los socios ausentes o disidentes en la toma de la decisión de la respectiva trascendental reforma estatutaria, es predicable y su cumplimiento exigible en el marco de las sociedades comerciales colectivas.

**2.3.1.1.5 Derecho a veto.** Este derecho consiste en la posibilidad de impedir la celebración de acto o negocio jurídico en nombre de la sociedad colectiva cuando la administración y representación legal de la misma ha sido delegada por los socios en un consocio o en un tercero en forma plena, entre tanto la junta general de socios por mayoría de sus miembros establece la conveniencia y viabilidad del mismo y por ende lo autoriza<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> NARVÁEZ, Op. cit., p. 47.

<sup>9</sup> Ibid., p. 60, 61.

Este especial derecho de los socios de la sociedad colectiva, distinto a aquél analizado en punto de la aprobación del proyecto de reforma estatutaria consistente en escisión de la sociedad comercial, se encuentra instituido en el artículo 317 del Código de Comercio, en la siguiente forma:

*ART. 317.— Los socios podrán oponerse a cualquier operación propuesta, salvo que se refiera a la mera conservación de los bienes sociales. La oposición suspenderá el negocio mientras se decide por mayoría de votos. Si ésta no se obtiene se desistirá del acto proyectado.*

*Cuando fuere vetado un negocio en la forma indicada en el inciso precedente y a pesar de ello se llevare a cabo, la sociedad comprometerá su responsabilidad; pero si de la operación se derivare algún perjuicio, será indemnizada por quien la ejecutó contrariando la oposición.*

Esta norma se traduce en que: (i) el ejercicio de este derecho para oponerse o vetar determinada operación social cobra razón de ser siempre y cuando la misma no se haya consumado, (ii) encuentra limitación frente a las operaciones sociales de conservación de activos, entendidas como tales aquellas que tienden al mantenimiento, reparación y mejora de los mismos, (iii) la facultad de oposición ostenta carácter transitorio como quiera que defiere al máximo órgano social resolver la situación bajo la regla de mayoría aplicable a esta clase de sociedades y (iv) no obstante el ejercicio del derecho de oposición respecto de determinado acto o negocio jurídico, en caso de celebrarse el mismo, es vinculante para la persona jurídica de la sociedad frente a terceros, pero los perjuicios generados correrán por cuenta de quien lo celebró y ejecutó sin observar la oposición presentada y el trámite de la respectiva autorización.

El derecho de veto o de oposición constituye garantía para que todos los socios de la sociedad colectiva, quienes pueden encuadrarse en el concepto de socios minoritarios en cualquier momento de la vida social por las razones expuestas, participen activamente en la administración de la sociedad como quiera que los involucra a todos en la ponderación de la conveniencia de la operación cuestionada a través del ejercicio de dicha facultad.

El ejercicio de la facultad de oposición o de veto en las sociedades colectivas es procedente tanto cuando la gestión y celebración de los actos o negocios jurídicos se ha delegado estatutariamente o por decisión del máximo social como cuando se mantiene la representación legal de la persona jurídica y su vocación para negociar y ejecutar las operaciones sociales en cabeza de todos los socios.

Aparece como fórmula para suplir el ejercicio de esta facultad por una medida preventiva permanente, la consagración de precisas instrucciones en el ejercicio de la representación legal y gestión de los negocios sociales, y limitantes bajo

criterios de especialidad de las operaciones y cuantía de las mismas, de tal suerte que todo acto que se encuentre dentro de las funciones estatutarias de representación legal no requiera autorización alguna y que de otro lado toda aquella que no corresponda a las instrucciones generales impartidas o supere las limitantes de especialidad o cuantía establecidas requieran el aval de la junta general de socios bajo las reglas de las mayorías.

Finalmente debemos precisar que delegada por parte de un socio la facultad de administración y representación legal que le concede el régimen aplicable a este tipo social, corresponde al delegatario el ejercicio del derecho de veto u oposición, quedando el socio delegante impedido para hacerlo mientras subsista dicha delegación como quiera que se ha separado claramente del ejercicio de la mencionada facultad.

**2.3.1.1.6 Derecho a exigir la exclusión de socio.** De conformidad con los artículos 297, 298 y 308 del Código de Comercio, normas aplicables sólo al tipo social colectivo, cada uno de los socios de dicha sociedad se encuentra facultada para solicitar ante la junta general de socios la exclusión de aquél socio que (i) desconozca el régimen de autorizaciones contenido en los numerales 3º y 4º del artículo 296 del mismo estatuto mercantil, referentes a la explotación de las mismas actividades a que se dedica el ente social, y a la participación en otras sociedades comerciales con similar objeto social al de la compañía colectiva de que se forma parte; (ii) retire bienes aportados a la sociedad; (iii) utilice indebidamente la firma o representación legal de la sociedad en negocios ajenos a la misma, perdiendo el socio que incurre en los dos últimos casos, el valor de su aporte a favor del ente social y quedando obligado a indemnizar los perjuicios causados y no resarcidos una vez abonado el valor del respectivo aporte.

### **2.3.1.2 Derechos económicos de los socios en la sociedad colectiva.**

**2.3.1.2.1 Derecho a utilidades.** El reconocimiento y distribución de los rendimientos económicos de los aportes efectuados por los asociados bajo el modelo de sociedad colectiva, se verifica, como en todas los demás tipos sociales, al final de cada ejercicio económico y contable, en cumplimiento de las normas tributarias y mercantiles en materia de reservas legales y estatutarias, en beneficio de todos los socios colectivos.

La distribución de las utilidades obedece al criterio de proporcionalidad de la participación de cada una de las partes de interés en el capital social y se encuentra sujeta al mismo porcentaje mínimo de distribución en los términos del artículo 155 del Código de Comercio, aplicándose dicho porcentaje sobre el número de socios cuyas partes de interés se encuentran representadas en la

reunión, como quiera que cada una de ellas concede un voto sin importar su incidencia o participación proporcional en el capital social.

**2.3.1.2.2 Derecho a transmitir la condición de socio.** Como quedó planteado el ejercicio de este derecho que implica el perfeccionamiento de reforma estatutaria dentro de la sociedad colectiva, encuentra especial limitación justificada en la protección del *intuitu personae* envuelto en este tipo social, junto con la especial responsabilidad asumida por los asociados frente a las operaciones económicas sociales.

En efecto, la cesión del interés social, bien sea a otro socio o un tercero, requiere pronunciamiento favorable y unánime de la junta general de socios,<sup>10</sup> cuya omisión o desconocimiento afecta la cesión con la sanción de la ineficacia, que conlleva a que no obstante la negociación viciada el socio cedente continúe vinculado a la sociedad y que por ende siga a su cargo la responsabilidad especial que tal condición le representa en relación con las operaciones sociales.

Sobre el particular, no obstante autorizarse la respectiva reforma estatutaria de cesión de la parte de interés por parte de la junta general de socios en la forma prevista en los estatutos sociales y en la Ley, por disposición del artículo 301 del Código de Comercio, el socio cedente mantiene su responsabilidad por las operaciones sociales celebradas durante su vinculación a la sociedad hasta transcurrido un período de un año contado a partir de la inscripción de la reforma estatutaria de cesión de la parte de interés en el registro mercantil correspondiente.

Finalmente, debemos evidenciar que mientras en los demás tipos sociales la sucesión por causa de muerte sirve como modo para la transmisión de la condición de socio en las sociedades por acciones mediante la inscripción en libro de registro de accionistas de la providencia judicial o del acto liquidatorio de la herencia, con fundamento en el mismo *intuitu personae*, la transmisión de la condición de socio por esta vía jurídica también se ve limitada, como quiera que el fallecimiento de uno de los socios es constitutivo de causal especial de disolución de la sociedad comercial en este tipo societario,<sup>11</sup> siendo necesaria la intervención de la junta general de socios mediante aprobación previa de disposición estatutaria o decisión que resuelva la admisión de los sucesores como nuevos socios de la sociedad, por afectarse el sustrato personal del mismo tipo social<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Ibid., p. 45.

<sup>11</sup> Código de Comercio, Op. cit., artículo 319, numeral 1.

<sup>12</sup> NARVÁEZ, Op. cit., p. 54.

**2.3.1.2.3 Derecho de preferencia.** No obstante la inexistencia de norma legal expresa que establezca este derecho en la sociedad colectiva y que el aumento de capital en una sociedad colectiva no convierte en número plural la unidad predicable de la parte de interés de que es titular cada socio pero si afecta el valor nominal de la misma, y en atención a que de otro lado la negociación de la parte de interés de cualquiera de los socios, de la cual conocen los demás socios por corresponder a reforma estatutaria cuya autorización compete a la junta general de socios, también se encuentra afectada por el carácter *intuitu personae* de la sociedad colectiva, es plenamente predicable y procedente el ejercicio del derecho de preferencia en las sociedades colectivas.

En efecto, si bien es cierto la parte de interés de que es titular cada socio en la sociedad colectiva constituye una unidad sin importar la incidencia de su valor nominal en el capital social, también lo es que para evitar el marchitamiento injusto de los derechos patrimoniales involucrados en cada una de ellas en virtud del valor del aporte realizado a la sociedad, los aumentos de capital y la adquisición por parte de los consocios de la parte de interés del socio que la cede con ocasión de su espontánea negociación o como resultado del ejercicio del derecho de retiro, sin permitir el ingreso de un extraño a la sociedad impidiendo la afectación del carácter *intuitu personae* de este tipo social, debe obedecer a la proporcionalidad del valor nominal de las partes de interés de los socios que forman parte de la sociedad o que continúan siendo parte de la misma.

El anterior planteamiento cobra validez con fundamento en la posibilidad aritmética existente para calcular la parte del aumento del capital que debe pagar cada uno de los socios de la sociedad colectiva, y la parte del precio que debe pagar también cada uno de ellos por la parte de interés del socio que deja de formar parte de la misma sociedad.

En todo caso, como quedó explicado en la parte general del presente trabajo de grado, el derecho antes descrito en cabeza de los socios colectivos es renunciable cada vez que se concrete en alguno de los dos eventos contemplados, bien sea a favor de alguno o algunos de los demás socios o para permitir el ingreso de un tercero a la sociedad.

**2.3.1.2.4 Derecho al reembolso o restitución del aporte.** Salvo la especial y contundente norma que comentamos con antelación y que priva al socio colectivo del valor de su aporte con ocasión de su exclusión de la sociedad por abusar de la facultad de administración y representación legal o por sustraer bienes de propiedad del fondo social, el reembolso y restitución del aporte en las sociedades colectivas opera bajo las reglas expuestas en la parte general de este trabajo.

**2.3.2 Sociedades en comandita.** Confluyen en este tipo de sociedad comercial, cuyo marco de regulación legal se encuentra en el Título IV del Libro Segundo del Código de Comercio, dos categorías de socios, a saber: socios gestores y socios comanditarios.

A cargo de los socios gestores se encuentra la administración y representación legal del ente societario, quienes adquieren el *status socii* sin necesidad de efectuar aportes de capital al fondo social y el mismo se encuentra representado en el denominado *interés social*, consistente en la fórmula remuneratoria<sup>13</sup> de su actividad o gestión, considerada como un real aporte en industria cuyo valor no integra en estricto sentido el capital de la sociedad en comandita<sup>14</sup>.

Lo anterior no impide que el socio o los socios gestores efectúen aportes de capital a la sociedad en comandita, compartiendo los socios que así lo hacen la doble categoría de gestores y de comanditarios, y sin que por tal razón se liberen de la responsabilidad especial a su cargo que pasamos a explicar.

Los socios gestores son también conocidos como socios colectivos dentro del modelo de sociedad en comandita, por asumir estos un grado de responsabilidad similar al de los socios en la sociedad colectiva, es decir por responder frente a terceros en forma ilimitada, solidaria y directa<sup>15</sup> por los actos y negocios jurídicos del este societario.

Por tan especial carga que deben asumir los socios gestores en este tipo de sociedad comercial, no es posible que los menores de edad y demás incapaces legales, absolutos o relativos, se vinculen a sociedad en comandita alguna como socios gestores<sup>16</sup>.

En efecto, dicho grado de responsabilidad de los socios gestores en las sociedades en comandita, lo establece el artículo 323 del Código de Comercio en los siguientes términos:

*ART. 323 .— La sociedad en comandita se formará siempre entre uno o más socios que comprometen solidaria e ilimitadamente su responsabilidad por las operaciones sociales y otro o varios socios que limitan la responsabilidad a sus respectivos aportes. Los primeros se*

---

<sup>13</sup> Código de Comercio, Op. cit., artículos 137 y 138.

<sup>14</sup> Ibid., artículo. 344, inciso segundo.

<sup>15</sup> NARVÁEZ, Op. cit., p. 168, 169.

<sup>16</sup> Código de Comercio, Op. cit., artículo 103.

*denominarán socios gestores o colectivos y los segundos, socios comanditarios.*

De otro lado, y con fundamento en la misma norma transcrita, son los socios comanditarios quienes efectúan los respectivos aportes de capital y por ende son conocidos como socios capitalistas, a quienes no les es posible efectuar aportes en industria como quiera que las actividades sociales se encuentran a cargo de los gestores, y limitan su responsabilidad económica hasta el monto del valor de sus aportes.

El *status socii* o la condición de socio comanditario se adquiere en virtud de la realización efectiva de sus aportes de capital, y sus derechos económicos en la sociedad se encuentran representados en cuotas sociales o acciones, dependiendo de si se es socio de una sociedad en comandita simple o de una sociedad en comandita por acciones.

Esta última distinción, derivada de la existencia de dos especies del género de sociedad en comandita, a saber, sociedades en comandita simple<sup>17</sup> y sociedades en comandita por acciones,<sup>18</sup> obedece a la mayor o menor relevancia que el factor *intuitu personae* tiene en cada una de ellas, de tal suerte que el ingreso de socios y su desempeño en la sociedad en comandita simple es más cerrado que en la sociedad en comandita por acciones.

La misma existencia de dos especies de sociedad en comandita en nuestro régimen mercantil, determina ciertas variaciones en el nombre de dichas sociedades.

Es así como la razón social de las sociedades en comandita de acuerdo con el artículo 324 del Código de Comercio debe formarse con el nombre completo o el apellido de uno o más de los socios gestores, adicionándose la expresión “y compañía” o su abreviatura “& Cía.”, agregándose el elemento distintivo de la especie de sociedad en comandita de que se trata mediante las siguientes abreviaturas: “S. en C.” para las sociedades en comandita simple, y “S. C. A.” para las sociedades en comandita por acciones; lo anterior sin perjuicio de que se combinen los elementos esenciales de la razón social antes relacionados con expresiones propias de la actividad social<sup>19</sup>.

La no discriminación de la especie de sociedad en comandita de que se trata o la generación de duda sobre esta materia a través de la respectiva razón social es

---

<sup>17</sup> Ibid., Libro II, Título IV, Capítulo II.

<sup>18</sup> Ibid., Libro II, Título IV, Capítulo III.

<sup>19</sup> NARVÁEZ, Op. cit., p. 173 – 175.

sancionada por la misma norma mercantil con la imputación de responsabilidad a los socios de la misma de carácter solidario e ilimitado por las operaciones sociales.

En todo caso nos es claro que el elemento *intuitu personae* cobra vital relevancia subjetiva entre quienes asumen el carácter de socios gestores en ambas especies de sociedades en comandita, toda vez que cargo de los mismos se encuentran los negocios sociales y coincidentemente asumen con su actuar en nombre y representación del ente social la responsabilidad directa, solidaria e ilimitada antes referida, y a *contrario sensu* dicho carácter personal de este modelo de sociedad se ve altamente atenuado en las relaciones de los socios comanditarios en la sociedad en comandita por acciones, pues en las mismas se verifica la misma intensidad capitalista de las sociedades anónimas.

Por lo anterior, la doctrina resalta el régimen *sui generis* de las diferentes relaciones que se establecen entre las dos categorías de socios de la sociedad en comandita, en sus dos diferentes especies, mostrándose la naturaleza de este mismo tipo social como un híbrido de los modelos de las sociedades colectiva, de responsabilidad limitada y anónima<sup>20</sup>.

Este tipo de sociedad comercial en el que actualmente centramos nuestra atención, reporta beneficios para las organizaciones empresariales familiares, precautelando su patrimonio y procurando su incremento, ya que usualmente los padres asumen la condición de socios gestores, reservándose la administración exclusiva del patrimonio familiar y sin posibilidad de que les sea arrebatada mientras exista la sociedad y se posibilita la vinculación de los hijos, mayores o menores de edad, como socios comanditarios, adjudicándoseles anticipadamente su participación en dicho patrimonio sin lugar a que se surta división alguna.

En este mismo sentido, es claro que el reparto de utilidades como finalidad de las actividades sociales se ve sustituida por la de fortalecimiento del patrimonio familiar y como quiera que la responsabilidad personal de los padres en la celebración de los negocios familiares se mantiene en atención a su calidad de socios gestores, es posible seguirlos promoviendo como si no existiera la sociedad, persiguiéndose con esta estrategia societaria descrita la productividad del patrimonio familiar, evitar la generación de conflictos entre herederos con ocasión de la muerte de alguno de los padres y la consecución de beneficios tributarios, entre otros<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Ibid., p. 157, 159.

<sup>21</sup> Ibid., p. 162, 163.

Respecto de la materia especial que atañe al presente trabajo de grado, encontramos que la condición de socio minoritario es predicable de algunos de los socios comanditarios en consideración al grado de participación en el capital social, el cual se concreta en el número de cuotas sociales o acciones de que son titulares, y como quiera que es esta categoría de socios la que se encuentra separada de la gestión y exteriorización de la voluntad social, no obstante es posible que eventual y temporalmente en negocios en particular, los mismos actúen como delegados o apoderados de los socios gestores.

Respecto de esta última posibilidad legalmente prevista en el artículo 327 del Código de Comercio, el mismo régimen mercantil societario exige el mayor cuidado y diligencia para el socio comanditario hasta el punto que el hecho de no presentarse frente a terceros bajo su calidad de apoderado, le genera responsabilidad solidaria e ilimitada por las obligaciones creadas con su actuar para la persona jurídica de la sociedad<sup>22</sup>.

Sin embargo, debemos admitir que en atención a que la votación dentro del máximo órgano social de las sociedades en comandita se efectúa por bloques, es decir, uno es el escrutinio de los votos de los socios gestores o colectivos y otro el de los votos de los socios comanditarios, es posible que un socio gestor se encuentre en situación de minoría, más aún cuando estatutariamente ha delegado su facultad de representación legal y administración de la sociedad en otro u otros de los socios gestores, obviamente sin que tal medida lo releve de la especial responsabilidad económica por las operaciones sociales.

Finalmente, en relación con el número mínimo de socios necesarios para la constitución de alguna de las dos especies del tipo social comanditario, encontramos que se requieren mínimo dos para el caso de la sociedad en comandita simple, siendo imperativo que uno de ellos asuma la exigente condición de socio gestor o colectivo y sin importar que a su vez ostente el carácter de socio comanditario; y que en el caso de la sociedad en comandita por acciones, se aplica la misma exigencia de al menos un socio gestor, pero no es suficiente con uno o dos comanditarios, pues expresamente el inciso segundo del artículo 343 del Código de Comercio dispone que esta clase de sociedades no puede constituirse ni funcionar con menos de cinco socios comanditarios, dentro de los que cuentan los gestores que actúan dentro de la sociedad bajo la doble categoría de socio.

No existe límite legal para el número de socios que asumen la calidad de socios gestores en ninguna de las dos especies de sociedad en comandita, ni para el número máximo de socios comanditarios o accionistas en la sociedad en comandita por acciones.

---

<sup>22</sup> Ibid., p. 182.

En relación con el número máximo de socios comanditarios en la sociedad en comandita simple, si bien no aparece dentro del capítulo del Código de Comercio que la regula norma pertinente, la doctrina, con fundamento en la remisión que hace el artículo 341 del mismo estatuto mercantil al régimen legal de las sociedades de responsabilidad limitada, sostiene que dicho número no puede ser superior a veinticinco<sup>23</sup>.

Realizadas las anteriores precisiones que contextualizan las particularidades en que se ejercen los derechos de los socios o accionistas de trascendencia directa en la protección de las minorías, procedemos a aplicar la metodología que venimos desarrollando en cada una de las modalidades del tipo de sociedad comercial en comandita.

### **2.3.2.1 Derechos políticos de los socios en la sociedad en comandita simple.**

**2.3.2.1.1 Derecho a voto.** Para el análisis del derecho a voto en la sociedad en comandita simple, debemos partir de la orden legal de reconocer a cada socio comanditario un voto por cada cuota social de que es titular, sin que sea posible otorgar prerrogativas de voto múltiple o de privar a cuota alguna del voto correspondiente, y del imperativo que cada socio gestor o colectivo cuenta con un voto de connotaciones especiales y distintas a las de los votos reconocidos a los socios comanditarios.

En efecto, de conformidad con los artículos 336 y 359 del Código de Comercio, éste último aplicable a la sociedad en comandita simple por mandato de remisión del artículo 341 del mismo estatuto mercantil, encontramos lo siguiente:

*ART. 336. — En las decisiones de la junta de socios cada gestor tendrá un voto. Los votos de los comanditarios se computarán conforme al número de cuotas o acciones de cada uno.*

*Las decisiones relativas a la administración solamente podrán tomarlas los gestores, en la forma prevista en los estatutos.*

*ART. 359. — En la junta de socios cada uno tendrá tantos votos cuantas cuotas posea en la compañía. Las decisiones de la junta de socios se tomarán por un número plural de socios que represente la mayoría absoluta de las cuotas en que se halle dividido el capital de la compañía.*

---

<sup>23</sup> Ibid., p. 158.

*En los estatutos podrá estipularse que en lugar de la absoluta se requerirá una mayoría decisoria superior.*

De las normas transcritas se evidencia la anunciada existencia de votación por bloques de socios en los que cada categoría de los mismos ejerce su capacidad decisoria en forma independiente en los asuntos que conoce el máximo órgano social, y de otro lado la finalidad alterna de los votos concedidos a los socios gestores en materia de administración de la sociedad.

En ese sentido, y con fundamento en las demás normas que regulan la adopción de las decisiones más trascendentales en la vida de esta clase de sociedad comercial, también evidenciamos la existencia y exigencia de diferentes mayorías especiales, que bajo el criterio general expuesto en el presente trabajo de grado reportan garantías para los socios minoritarios, como quiera que hace indispensable su participación en varios casos y evita la configuración de mayorías precarias que atenten caprichosa o abusivamente contra sus intereses económicos.

Es así como claramente en el caso de los socios gestores, la cesión del interés social de alguno de ellos, como se ampliará mas adelante, requiere de la unanimidad de los socios gestores y el voto favorable de todos los socios comanditarios en ejercicio de los votos derivados de todas las cuotas sociales en que se divide el capital social de la compañía.

En el caso de la cesión de cuotas sociales de los socios comanditarios, negocio que implica reforma estatutaria, la exigencia legal es de unanimidad de los socios comanditarios en atención a su titularidad de cuotas sociales, participando en dicha votación los socios gestores que también ostenten dicha titularidad.

Todas las reformas a los estatutos o contrato social, distintas de las cesiones antes mencionadas, requieren unanimidad de los socios gestores y el voto de socios comanditarios que representen la mitad más una de las cuotas sociales en que se divide el capital social<sup>24</sup>.

De lo anteriormente dicho se evidencia que para que el máximo órgano social de esta clase de sociedad, denominada también junta general de socios, se reúna válidamente es necesario que concurren socios de las categorías, gestores y comanditarios, aún en el caso de las reuniones por derecho propio y de segunda convocatoria<sup>25</sup>, no siendo posible la conformación de quórum deliberatorio en dicho órgano en inobservancia de esta regla, siendo prudente pactar en los

---

<sup>24</sup> Código de Comercio, Op. cit., artículo 340.

<sup>25</sup> NARVÁEZ, Op. cit., p. 206.

estatutos que para el efecto concurren socios comanditarios que representen al menos la mitad mas una de las cuotas en que se divide el capital social.

**2.3.2.1.2 Derecho a elegir y ser elegido.** Este preciso derecho político se puede ejercer en la sociedad en comandita simple con ocasión de la designación de delegado o delegados de los socios gestores para el ejercicio de la administración y representación legal de la sociedad.

Se encuentra que es apenas lógico que entregándose el manejo de los recursos entregados por los socios comanditarios para su explotación con el consecuente riesgo inherente, se consulte a los mismos comanditarios sobre la proyectada delegación, en atención al carácter *intuitu personae* presente en esta especie de sociedad, confiriéndose voz y voto en la elección del tercero que asume tales funciones, como en la remoción del mismo y elección de su reemplazo.

**2.3.2.1.3 Derecho de inspección.** El derecho de inspección en las sociedades en comandita simple al igual que como ocurre en las sociedades colectivas es de carácter permanente, y en principio es reconocida esta facultad a los socios comanditarios en la siguiente forma:

*ART. 328. — El comanditario tendrá la facultad de inspeccionar en cualquier tiempo, por sí o por medio de un representante, los libros y documentos de la sociedad.*

(...)

No obstante lo anterior consideramos que con ocasión de la separación de alguno de los socios gestores de la administración y representación legal de la sociedad en virtud de delegación a otro socio gestor o un tercero, esta facultad de control y vigilancia del desarrollo de las actividades sociales y de su registro contable, también se debe entender consagrada a favor de dicho socio gestor, pues la misma se deriva del *status socii*, y en el evento planteado dicha condición no se puede desconocer, máxime cuando no obstante la delegación mantiene el socio gestor delegante a su cargo, la responsabilidad solidaria e ilimitada por las operaciones sociales.

Por lo anterior y aras de evitar discusiones en vano sobre la titularidad y legitimación para que el socio gestor que ha delegado sus facultades de administración y representación legal ejerza el derecho de inspección, recomendamos incluir expresa disposición en el articulado de los estatutos sociales, que precise la forma en que se permitirá dicha actuación a este socio en concurrencia con la de los socios comanditarios.

Bajo este modelo de sociedad, el derecho de inspección de los socios a quienes en su favor se ha establecido, se ve contundente y expresamente limitado por las precisas situaciones consignadas en el inciso segundo del citado artículo 328 del Código de Comercio, en los siguientes términos:

*Pero si tiene un establecimiento dedicado a las mismas actividades del establecimiento de la sociedad o si forma parte de una compañía dedicada a las mismas actividades, perderá el derecho a examinar los libros sociales.*

De esta forma, aún encontrándose justificación de dicha medida legislativa en la protección de los secretos industriales e impedir la competencia desleal, la calificamos como extrema y exagerada, pues no necesariamente por el hecho de que un socio comanditario cuente con un establecimiento de comercio de objeto similar al de los de la compañía, o por encontrarse vinculado a otra sociedad con similar objeto social, se puede dar como una realidad la violación de los secretos industriales en el legítimo ejercicio de un derecho.

Lo debido en caso de agravio a los secretos industriales y en los eventos en que el socio despliega prácticas de competencia desleal, es que el o los representantes de la sociedad colectiva promuevan las actuaciones judiciales administrativas correspondientes y antes estudiadas, en búsqueda de la aplicación de las sanciones penales y administrativas a que hubiere lugar, como de la exigencia de la indemnización de los perjuicios causados a la persona jurídica de la sociedad.

Dicha limitante en el caso de los socios gestores, en aplicación del varias veces mencionado artículo 341 del Código de Comercio que remite a que se les aplique el régimen legal de los socios colectivos, encuentra sustitución en la exigencia de autorización para involucrarse en cualquiera de las citadas situaciones, de acuerdo a lo previsto en el artículo 296 del mismo estatuto mercantil.

Por los demás, en lo que se refiere al objeto material sobre el que recae esta facultad, el lugar donde se debe permitir su ejercicio y las finalidades de la misma, son aplicables las condiciones y criterios expuestos en la parte general del presente trabajo de grado.

**2.3.2.1.4 Derecho de retiro.** La titularidad de este derecho es predicable en los socios comanditarios bajo la configuración de las dos causales generales de aumento de su responsabilidad y desmejora de sus derechos patrimoniales frente a la aprobación en el máximo órgano social de reformas estatutarias consistentes en transformación, fusión o escisión, como mecanismo para la protección de sus

derechos una vez derrotados, por no formar parte de las mayorías exigidas, o ausentes en la deliberación y votación de dichas reformas.

Reiteramos la tesis de que en el caso de los socios gestores ante las reformas estatutarias mencionadas no es posible alegar la causal del incremento de responsabilidad, como quiera que ostentan el máximo grado de responsabilidad de un socio dentro del régimen societario vigente, cual es la de los socios colectivos, y en todo caso, de acogerse estatutariamente la mayoría prevista supletivamente en la Ley para la aprobación de reformas estatutarias en este modelo de sociedad, la unanimidad de los socios gestores necesaria para que quede aprobada la transformación, fusión y escisión, conlleva que en ningún caso el socio gestor ejerza el derecho de retiro bajo la indispensable condición de socio ausente o disidente en la adopción de esa decisión.

### **2.3.2.2 Derechos económicos de los socios en la sociedad en comandita simple.**

**2.3.2.2.1 Derecho a utilidades.** Como consecuencia de la existencia de las dos categorías de socios dentro de este modelo de sociedad, la Ley expresamente previene sobre el procedimiento a seguir para decretar y distribuir las utilidades obtenidas en cada ejercicio, con el ánimo de que no se desconozca el interés social del o los socios gestores ni los rendimientos económicos de los aportes de los socios comanditarios capitalistas.

En efecto, el artículo 332 del Código de Comercio, establece lo siguiente:

*ART. 332.—Las utilidades sociales se distribuirán entre los socios gestores y comanditarios en la forma estipulada en el contrato. A falta de estipulación, las utilidades se repartirán entre los comanditarios a prorrata de sus cuotas o acciones pagando previamente el beneficio de los socios gestores.*

Evidentemente la norma transcrita es supletiva de la voluntad de los socios, a quienes en el contrato social les corresponde pactar los beneficios del o los socios gestores, estableciendo si dichos beneficios afectan o no la proporcionalidad de las utilidades que correspondería a los socios comanditarios en consideración a su nivel de participación en el capital social, pero siendo claro que de ninguna forma se puede privar a socio alguno del derecho a percibir parte de las utilidades

logradas como resultado de las actividades económicas ejecutadas por la sociedad, so pena que la estipulación de tal naturaleza se torne ineficaz<sup>26</sup>.

En punto, de la porción de la utilidades que correspondería al o los socios gestores, por más generosos que estos quieran serlo dentro del contexto de la *affectio societatis* propia de este modelo de sociedad, recomendamos pactar porcentaje alguno así este sea considerado en principio ínfimo, como quiera que de no dejarse tal estipulación, la voluntad de los socios al momento de la constitución de la sociedad podría verse alterada con la aplicación del parágrafo del artículo 150 del Código de Comercio, el cual dispone que ante la falta de precisión sobre la participación del socio industrial en las utilidades, le corresponderá a éste una porción igual a la del socio o accionista con mayor participación en el capital social.

No sobra poner de presente que en el caso en que algún socio gestor efectúe aportes de capital, el mismo tiene derecho al beneficio pactado en consideración a su condición de socio industrial, adicionado por la porción de las utilidades correspondientes al número de cuotas sociales de que es titular.

Finalmente, debemos resaltar que la disposición imperativa de la porción mínima a distribuir de las utilidades debidamente decretadas por el máximo órgano social, contenida en el artículo 155 del Código de Comercio, es plenamente aplicable a este modelo de sociedad, como a las demás.

**2.3.2.2.2 Derecho a transmitir la condición de socio.** Como lo anunciamos al abordar el análisis del derecho de voto dentro de esta especie de sociedad comercial, la cesión del *status socii* de cualquiera de las dos categorías de socios, derecho a todas luces de gran relevancia económica para cada uno de ellos, implica reforma estatutaria que debe cumplir las mismas solemnidades del acto de constitución de la sociedad, esto es otorgamiento de escritura pública e inscripción de la misma en el registro mercantil, y en protección del carácter esencial *intuitu personae* del mismo modelo social, el legislador ha establecido la exigencia de acuerdo unánime en cada grupo de socios gestores o comanditarios, quienes autorizan la operación económica de interés individual de cada socio en forma independiente.

Con esto último queremos significar que una es la votación con la que se autoriza la cesión del interés del socio gestor y otra la que se realiza para la autorización de la cesión de las cuotas sociales de que son titulares los socios comanditarios.

En efecto, el artículo 338 del Código de Comercio, al respecto nos indica lo siguiente:

---

<sup>26</sup> Código de Comercio, Op. cit., artículo 150, inciso segundo.

*ART. 338. — Las partes de interés de los socios colectivos y las cuotas de los comanditarios se cederán por escritura pública, debiéndose inscribir la cesión en el registro mercantil.*

*La cesión de las partes de interés de un socio colectivo requerirá de la aprobación unánime de los socios; la cesión de las cuotas de un comanditario, del voto unánime de los demás comanditarios.*

Quiere decir esta norma que la cesión del interés social corresponde autorizarla tanto a los socios gestores como a los socios comanditarios por unanimidad y que dicho acuerdo unánime se requiere sólo entre socios comanditarios para autorizar la cesión de cuotas sociales de cualquiera de sus compañeros, como quiera que el artículo 340 del Código de Comercio, claramente excluye la mayoría requerida para autorizar esta operación de la especial requerida para la aprobación de otras reformas estatutarias.

Contrario a lo que sucede en la sociedad colectiva, ocurrida la muerte de cualquiera de los socios comanditarios, las cuotas sociales de que es titular integran la masa sucesoral, pero en este caso, la Ley supletivamente establece la continuidad con los herederos, obviamente salvo pacto en contrario en los estatutos sociales, en lugar de configurar causal especial de disolución con esta situación.

Lo anterior sin desconocer que en los términos del numeral 2º del artículo 333 del Código de Comercio, la muerte de un o de los socios gestores, si no se ha pactado la continuidad con los demás gestores supérstites, constituye causal especial de disolución en este modelo de sociedad.

**2.3.2.2.3 Derecho de preferencia.** Debido a la remisión que surte el artículo 341 del Código de Comercio para la aplicación del régimen de la sociedad de responsabilidad limitada a las relaciones jurídicas entre los socios comanditarios y entre estos y el ente social, la negociación de las cuotas sociales de que son titulares, se sujeta el derecho de preferencia, que sirve de elemento natural al contrato de sociedad en esta de sus especies, en los términos de la regla general contenida en el artículo 363 del mismo estatuto mercantil, en la siguiente forma:

*ART. 363.— Salvo estipulación en contrario, el socio que pretenda ceder sus cuotas las ofrecerá a los demás socios por conducto del representante legal de la compañía, quien les dará traslado inmediatamente, a fin de que dentro de los quince días siguientes, manifiesten si tienen interés en adquirirlas. Transcurrido este lapso los*

*socios que acepten la oferta tendrán derecho a tomarla a prorrata de las cuotas que posean. El precio, plazo y demás condiciones de la cesión se expresarán en la oferta.*

En consideración a las reglas de representación legal de la sociedad en comandita simple, la oferta por obvias razones se verifica a través de los socios gestores o su delegado.

De otro lado, en aplicación de las normas de la sociedad de responsabilidad limitada a los socios comanditarios en virtud de la remisión legal existente para el efecto, también es claro que el derecho de preferencia es susceptible de pactarse como fórmula para adquirir las cuotas sociales del socio comanditario que fallece, evitándose el tránsito de titularidad de dichas cuotas en los herederos del mismo socio fallecido.

**2.3.2.2.4 Derecho al reembolso o restitución del aporte.** Este derecho es exigible en este modelo de sociedad, en los términos estudiados en la parte general del presente trabajo de grado, por parte de quienes de acuerdo a su condición de socios capitalistas efectúan aportes distintos al de industria al fondo social, estos son los socios comanditarios.

Claro está que esta última calidad, como quedó explicado la puede ostentar simultáneamente un socio gestor con ocasión de la realización de aportes en dinero o en especie al fondo social, razón por la que en la distribución de los remanentes del activo entre los asociados en la etapa liquidatoria, el socio gestor eventualmente se encuentra legitimado para exigir, al igual que cualquier otro socio comanditario el reembolso de sus aportes con los rendimientos o disminuciones que el mismo haya sufrido, esto último establecido en los respectivos estados financieros.

Por último, dentro del contexto de confianza íntima personal y familiar que puede concurrir en este modelo de sociedad, nada impide que con fundamento en la mera liberalidad desde la constitución de la sociedad se prevea que a la liquidación del patrimonio social, los activos remanentes pasen a dominio de una persona determinada, socia o no de la compañía.

**2.3.2.3 Derechos políticos de los asociados en la sociedad en comandita por acciones.**

**2.3.2.3.1 Derecho a voto.** En la sociedad en comandita por acciones, en la que el carácter *intuitu personae* del tipo social en comandita se ve altamente atenuado por el acopio del mayor número de socios capitalistas posible sin atender

exclusivamente a las calidades personales de los mismos, permitiéndose mayor libertad en la negociación de sus acciones representadas en sendos títulos expedidos por la sociedad, al igual que como ocurre en la comandita simple la Ley reconoce a cada socio comanditario un voto por cada acción de que es titular y otorga un voto por cabeza a cada socio gestor o colectivo.

El fundamento de lo anteriormente planteado se encuentra en los transcritos artículos 336, 349 y 379 del Código de Comercio, este último aplicable a la sociedad en comandita por acciones en virtud de la remisión contenida en el artículo 352 del mismo estatuto mercantil. De las normas transcritas se evidencia la anunciada existencia de votación por bloques de socios en los que cada categoría de los mismos ejerce su capacidad decisoria en forma independiente en los asuntos que conoce el máximo órgano social, y de otro lado la finalidad alterna de los votos concedidos a los socios gestores en materia de administración de la sociedad.

En esta especie de la sociedad en comandita también se evidencia la votación por bloques en forma independiente de cada uno de los grupos de las dos categorías de socios, una vez reunidos en el máximo órgano social, denominado técnicamente en esta clase de sociedad como “asamblea general de asociados”, en la cual coexiste la asistencia de socios y accionistas.

Sobre el funcionamiento de dicho máximo órgano social, el artículo 349 del Código de Comercio, ordena aplicar las mismas reglas de la asamblea general de accionistas de la sociedad anónima, en la siguiente forma:

*ART. 349.—En las asambleas se seguirán las reglas establecidas para las sociedades anónimas. Las reformas estatutarias deberán aprobarse, salvo estipulación en contrario, por unanimidad de los socios colectivos, y por mayoría de votos de las acciones de los comanditarios.*

Obviamente dichas reglas son aplicables mientras no exista norma especial dentro de los capítulos del Código de Comercio referentes a las disposiciones comunes a las sociedades en comandita y a la sociedad en comandita por acciones.

En cuanto a la exigencia de mayorías especiales para la adopción de las decisiones más trascendentales en la vida social de la comanditaria por acciones, con ocasión de las cuales cobra fuerza de los socios comanditarios con participación minoritaria en el capital social, encontramos las siguientes:

- La cesión del interés social de cualquiera de los socios gestores, acto que como varias veces lo hemos advertido conlleva la protocolización e inscripción en el

registro mercantil de una reforma a los estatutos sociales, requiere para su aprobación el voto unánime tanto entre los socios gestores como entre los accionistas comanditarios<sup>27</sup>.

Frente a lo anterior contrasta la libertad de negociación propia de las acciones en las sociedades anónimas a que atiende la cesión de las acciones de los comanditarios en virtud del artículo 347 del Código de Comercio, según la cual no se requiere la intervención del máximo órgano social y sólo encuentra como limitante el cumplimiento del procedimiento que debe verificarse para permitir el ejercicio del derecho de preferencia, en caso de que el mismo haya sido pactado expresamente en los estatutos sociales.

- Como quedó evidenciado de la norma antes transcrita todas las reformas a los estatutos o contrato social, distinta a la cesión del interés social de cualquiera de los socios gestores, requieren para su aprobación la unanimidad de los socios gestores y el voto de accionistas comanditarios que representen la mitad más una de las acciones en que se divide el capital suscrito de la sociedad.

La aplicación de las reglas de la asamblea general de accionistas de la sociedad anónima a la asamblea general de asociados de la sociedad en comandita por acciones, nos lleva a concluir que el quórum deliberatorio en dicho órgano se compone de la presencia de la mitad más uno de los socios gestores y de la representación en la misma reunión de la mitad más una de las acciones en que se encuentra dividido el capital suscrito de la misma sociedad, esto con fundamento en el inciso 1º del artículo 68 de la Ley 222 de 1995.

**2.3.2.3.2 Derecho a elegir y ser elegido.** La facultad para que el accionista comanditario elija o pueda ser elegido en el seno del máximo órgano social también la identificamos en la designación de delegado o delegados de los socios gestores para el ejercicio de la administración y representación legal de la sociedad.

El fundamento de dicha facultad, repetimos, se encuentra en que el delegado administra y somete a los riesgos propios de las actividades económicas, las inversiones de los socios comanditarios.

Obviamente de la misma facultad goza cualquiera de los socios gestores pero con fundamento en el *intuitu personae* de sus relaciones con los demás gestores y de su responsabilidad solidaria e ilimitada por las operaciones sociales.

---

<sup>27</sup> Ibid., artículo 352, en concordancia con los artículos 329, 301 y 296.

De otro lado, siendo obligatorio en las sociedades en comandita por acciones el órgano de fiscalización privada, corresponde exclusivamente a los accionistas comanditarios la elección del Revisor Fiscal<sup>28</sup>.

**2.3.2.3.3 Derecho de inspección.** La amplitud temporal para el ejercicio del derecho de inspección en la sociedad en comandita simple y las reprochables limitaciones existentes en el mismo modelo de sociedad, son plenamente predicables de esta facultad en la sociedad en comandita por acciones.

En atención al carácter permanente de este derecho en la sociedad en comandita por acciones, el ejercicio del mismo constituye una excepción a la regla general de la aplicación a la asamblea general de asociados, máximo órgano en la sociedad en comandita por acciones, de las normas referentes a la preparación, convocatoria y celebración de la asamblea general de accionistas de la sociedad anónima, siendo procedente por ende la convocatoria a reuniones extraordinarias de dicho órgano con la antelación prevista en los estatutos sin que necesariamente esta sea de quince (15) días hábiles<sup>29</sup> para el examen de la información financiera y económica de la sociedad y sus comprobantes, sin desconocer que en todo caso la antelación de la convocatoria debe envolver un término entre la fecha de la misma y la de la reunión, lo suficientemente prudente para no impedir la comparecencia de socio comanditario alguno.

**2.3.2.3.4 Derecho de retiro.** El derecho político de retiro cobra las mismas características en su ejercicio en las sociedades en comandita por acciones que en la sociedad en comandita simple.

**2.3.2.4 Derechos económicos de los asociados en la sociedad en comandita por acciones.**

**2.3.2.4.1 Derecho a utilidades.** El criterio y procedimiento establecido supletivamente en el artículo 332 del Código de Comercio como disposición común para las sociedades en comandita, en atención a la coexistencia de las dos categorías de asociados, norma transcrita en el acápite análogo de las sociedades en comandita simple, también es plenamente aplicable a la sociedad en comandita por acciones.

---

<sup>28</sup> Ibid., artículo 204, inciso segundo.

<sup>29</sup> NARVÁEZ, Op. cit., p. 470.

En este sentido, también cobra prioridad en la distribución de las utilidades o dividendos el pago de los correspondientes al socio gestor en virtud de la fórmula estatutaria pactada para la remuneración de su aporte en industria y el hecho de asumir como propios los riesgos de las operaciones económicas del ente social, la cual generalmente coincide con una participación preferente en las utilidades o dividendos, fijándose una porción fija.

Reiteramos la necesidad de fijar dicha porción así le asista al socio gestor una generosidad plena que límite con la renuncia a este derecho.

En lo que se refiere a la participación correspondiente a cada una de las acciones en que se divide el capital suscrito de la sociedad, cuya titularidad corresponde de ordinario exclusivamente a los comanditarios, pero que también puede recaer en los socios gestores cuando han efectuado aportes de capital, se debe atender a la regla general de proporcionalidad una vez deducida la porción que le corresponde al socio gestor de conformidad con los estatutos.

Dicha proporcionalidad se puede ver afectada por norma estatutaria que establezca beneficios especiales para determinado tipo de acciones, sin que con ella sea posible privar de este derecho inherente a cada acción a inversionista comanditario alguno.

En aplicación de las normas de la sociedad anónima, en el caso en que las acciones suscritas por cada comanditario no se encuentren plenamente pagadas, sólo tendrán derecho a los dividendos decretados para cada acción en la proporción en que la misma se haya efectivamente pagado.

Finalmente reiteramos que en beneficio de las minorías, la disposición legal imperativa contenida en el artículo 155 del Código de Comercio sobre el monto mínimo de las utilidades decretadas a distribuir, debe ser observada en los dividendos correspondientes a cada acción, una vez deducido el beneficio del o los socios gestores.

**2.3.2.4.2 Derecho a transmitir la condición de socio.** El ejercicio de este derecho económico en el modelo de sociedad en comandita por acciones, como quedó explicado, respecto de la cesión del interés social implica intervención del máximo órgano social para su autorización y la solemnización e inscripción de reforma estatutaria, y en lo que corresponde a la cesión de las acciones de los comanditarios, esta opera sin necesidad de reforma estatutaria y a través del endoso y entrega del respectivo título expedido por la sociedad y mediante la notificación de la celebración de dicho negocio a la administración de la sociedad, como quiera en las relaciones entre comanditarias prima el elemento *intuitu pecuniae*.

La notificación de la cesión ocurre frente a los socios gestores o su delegado, quienes ejercen la representación legal de la persona jurídica de la sociedad, y a través de dicho acto se solicita y es procedente la inscripción del nombre del cesionario y de los datos del negocio relevantes para la sociedad, como el número de las acciones cedidas, en el libro de registro de accionistas.

La cesión de las acciones queda perfeccionada precisamente con la inscripción en el libro de registro de accionistas, a la que hemos hecho referencia, mientras que la cesión del interés social se perfecciona con la inscripción en el registro mercantil.

La cesión del interés social de los socios gestores encuentra evidente limitación en la necesaria unanimidad que la debe respaldar por parte del grupo de los demás socios gestores como de los accionistas comanditarios, en aplicación remisoria de las normas de la sociedad colectiva respecto de los socios colectivos.

Al respecto, encontramos fundamento de dicha limitante en la amplia responsabilidad que asumen los demás socios gestores que no se involucran en la cesión de su interés social por los actos o negocios que potencialmente puede realizar el cesionario que adquiere la condición de socio gestor, resultando afectado el elemento *intuitu personae* concurrente en esa categoría de socios; mientras que la intervención de los comanditarios se justifica en la necesidad de conocer y autorizar la administración de los recursos aportados a la sociedad en cabeza de una persona en la que inicialmente no se ha depositado esa confianza, máxime cuando los accionistas se ven excluidos de la formación de la voluntad social en la toma de las decisiones en materia de la administración del mismo ente.

La aplicación de las normas de la sociedad anónima a la negociación de las acciones de una sociedad en comandita por acciones por mandato del artículo 347 del Código de Comercio, hace procedente la negociación de aquellas acciones suscritas que no han sido íntegramente pagadas, asumiendo el cesionario la responsabilidad solidaria de pagarlas a la sociedad en los términos del artículo 405 del Código de Comercio.

Así como la cesión del interés social de los socios gestores encuentra la limitante antes analizada, como elemento accidental del contrato de sociedad que da vida a esta modalidad comanditaria por acciones, es procedente limitar la libre negociabilidad de las acciones mediante el pacto del derecho de preferencia a favor de los accionistas preexistentes en la sociedad.

Dicho pacto encuentra mayor justificación en este modelo de sociedad que en la sociedad anónima, como quiera que la naturaleza de la estructura de las sociedades en comandita es más cerrada en consideración al elemento *intuitu personae*, pues para los socios gestores que comprometen ilimitadamente su

responsabilidad genera incomodidad que de su esfuerzo finalmente se vean beneficiadas personas extrañas a las intervinientes en el contrato social inicial.

Pasamos a analizar el importante derecho de preferencia en esta modalidad de sociedad, derivado del fundado pacto de preferencia que afecta la negociación de las acciones.

**2.3.2.4.3 Derecho de preferencia.** La consagración de esta limitante al principio de libre negociabilidad de la acción y del consecuente derecho a favor de los accionistas preexistentes en la sociedad al momento de la negociación de las acciones que determinado comanditario pretenda ceder en el ejercicio libre de los derechos económicos derivados de cada acción, debe reunir los requisitos establecidos en el artículo 407 del Código de Comercio, en los siguientes términos:

*ART. 407. — Si las acciones fueren nominativas y los estatutos estipularen el derecho de preferencia en la negociación, se indicarán los plazos y condiciones dentro de los cuales la sociedad o los accionistas podrán ejercerlo; pero el precio y la forma de pago de las acciones serán fijados en cada caso por los interesados y, si éstos no se pusieren de acuerdo, por peritos designados por las partes o, en su defecto, por el respectivo superintendente. No surtirá ningún efecto la estipulación que contraviniera la presente norma.*

*Mientras la sociedad tenga inscritas sus acciones en bolsas de valores, se tendrá por no escrita la cláusula que consagre cualquier restricción a la libre negociabilidad de las acciones.*

Evidentemente el legislador con la exigencia de que se deje claro en los estatutos los plazos y condiciones en que debe ser ejercido el derecho de preferencia, y que de otro lado no se pueda desconocer la disposición legal que en caso de no existir acuerdo entre las partes sobre el precio y la forma de pago de las acciones a ceder, dicha situación debe ser resuelta por peritos y en su defecto por la Superintendencia de Sociedades, busca proteger los derechos patrimoniales de los accionistas minoritarios, atenuando la situación desfavorable en la que se encuentran en los eventos en que por diversas razones se ven avocados a ceder sus acciones y no le es posible ofrecerlas en primer lugar a terceros; y de otro lado busca generar seguridad jurídica y económica para el ejercicio de este mismo derecho evitando el marchitamiento de la participación de los accionistas que continúan vinculados a la sociedad y el ingreso de extraños a la misma.

No esta de más, recordar que el derecho de preferencia es ejercitable tanto en la negociación de la acciones que ya han sido expedidas, suscritas y puestas en circulación, cuando así se ha establecido en los estatutos, como en toda nueva emisión de acciones que efectúe la sociedad en comandita, ya sea a cargo del capital autorizado no suscrito o en virtud de un aumento de capital, sin necesidad de disposición estatutaria que así lo reconozca.

En efecto, sobre el particular establece el artículo 388 del Código de Comercio lo siguiente:

*ART. 388. — Los accionistas tendrán derecho a suscribir preferencialmente en toda nueva emisión de acciones, una cantidad proporcional a las que posean en la fecha en que se apruebe el reglamento. En éste se indicará el plazo para suscribir, que no será inferior a quince días contados desde la fecha de la oferta.*

*Aprobado el reglamento por la Superintendencia, dentro de los quince días siguientes, el representante legal de la sociedad ofrecerá las acciones por los medios de comunicación previstos en los estatutos para la convocatoria de la asamblea ordinaria.*

*Por estipulación estatutaria o por voluntad de la asamblea, podrá decidirse que las acciones se coloquen sin sujeción al derecho de preferencia, pero de esta facultad no se hará uso sin que ante la superintendencia se haya acreditado el cumplimiento del reglamento.*

Sobre esta norma debemos aclarar que el reglamento de colocación de acciones requiere de la aprobación de la Superintendencia de Sociedades sólo en los casos en que esta ejerza el grado de intervención de control o cuando se trate de colocación de acciones especiales o privilegiadas.

De la misma norma últimamente transcrita, en punto del derecho de preferencia, se deriva el derecho a negociar la cesión de dicha facultad, consagrado en el artículo 389 del Código de Comercio en la siguiente forma:

*ART. 389.—El derecho a la suscripción de acciones solamente será negociable desde la fecha del aviso de oferta. Para ello bastará que el titular indique por escrito a la sociedad el nombre del cesionario o cesionarios.*

Por lo demás consideramos que salvo las exigencias contenidas en el artículo 407 del estatuto mercantil, antes comentadas, existe libertad para que en los estatutos los asociados en la sociedad en comandita por acciones regulen el procedimiento a seguir para permitir el derecho de preferencia, decidiendo a quien corresponde contestar la respectiva oferta en primer lugar, si a los accionistas o a la sociedad, apartándonos respetuosamente de lo expuesto por el tratadista José Ignacio Narváez García en relación a que la oferta de debe realizar en primer lugar y contestada por la sociedad para luego dar paso al trámite frente a los accionistas<sup>30</sup>, como quiera que no encontramos dentro del Código de Comercio norma que imperativamente lo ordene en tal sentido.

**2.3.2.4.4 Derecho al reembolso o restitución del aporte.** En punto del ejercicio de este derecho dentro del modelo de la sociedad en comandita por acciones, son aplicables respecto de los socios capitalistas, en este caso de todo aquél accionista, las consideraciones y reglas expuestas en la parte general del presente trabajo de grado.

En adición a lo anterior, encontramos necesario remitir al lector a los planteamientos realizados sobre este particular derecho en la sociedad en comandita simple.

---

<sup>30</sup> Ibid., p. 386.

## CONCLUSIONES

De los planteamientos anteriormente realizados a lo largo del presente trabajo de grado, brevemente podríamos adoptar como conclusiones de nuestra investigación descriptiva en materia del régimen jurídico de participación y protección de los socios minoritarios en los diferentes tipos de sociedades comerciales en Colombia, las siguientes:

1. Las sociedades comerciales se gobiernan y establecen relaciones jurídicas en el mundo del derecho bajo el principio del imperio de la voluntad de las mayorías conformadas por determinados socios o accionistas, pero con fundamento en la condición de asociado (*status socii*), el socio o accionista minoritario encuentra consagradas a su favor en el ordenamiento jurídico mercantil un catálogo de facultades generales y especiales, desarrolladas en el presente trabajo de grado, cuyo correcto ejercicio, lo protegen y no siempre lo blindan frente a eventuales abusos de dichas mayorías o de los administradores sociales.

2. La constitución de la sociedad comercial es el momento oportuno y conveniente para que mediante la negociación del contrato social, los sujetos de derecho intervinientes y con menor participación en el capital social, o aquellos que se verán privados de la administración del ente societario, velen por la adopción de una regulación estatutaria apropiada que, sin desconocer las normas legales imperativas, concrete el ejercicio de las facultades derivadas de los derechos políticos y económicos de los asociados minoritarios, reduciéndose al máximo la discrecionalidad de los administradores sociales en las actuaciones que le son propias con ocasión del ejercicio de las mismas facultades por parte de los socios o accionistas titulares. Oportunidad ésta de que no gozan los sujetos de derecho que ingresan a una sociedad en forma adhesiva a un contrato tipo o cuando lo hacen luego de constituida la sociedad e iniciada la operación social.

3. Efectivamente cada una de las facultades implícitas en los derechos políticos y económicos del socio o accionista minoritario deben para su efectividad ser ejercidas en la oportunidad legal y ante el órgano social competente, ante la autoridad administrativa de inspección, vigilancia y control –Superintendencia de Sociedades- y ante la jurisdicción ordinaria competente, previa consideración de la naturaleza jurídica - económica de cada tipo social, la situación jurídica en que se encuentra la persona jurídica de la sociedad frente a la autoridad administrativa mencionada y en consideración de los antecedentes que fundamentan y determinan la alternativa de intervención de los jueces civiles o de los funcionarios judiciales en materia de derecho penal.

4. Es evidente la preponderancia y necesidad de la intervención de la Superintendencia de Sociedades tanto para la promoción de la participación de los socios minoritarios en las sociedades comerciales como para la protección de sus derechos políticos y económicos, ya sea mediante el despliegue de sus funciones policivo – administrativas o ejerciendo las funciones jurisdiccionales recientemente asignadas por el legislador con fundamento en autorización constitucional.

Adicionalmente nos es claro que el desarrollo continuo y constructivo de doctrina por parte de la misma autoridad administrativa en forma coherente y sistemática, constituye invaluable instrumento de orientación para los socios o accionistas, administradores sociales y terceros acreedores de las sociedades comerciales, en materia de derecho societario.

En ese sentido, el desarrollo de doctrina y el cumplimiento de su misión a través del seguimiento de la situación jurídica, contable, económica y administrativa de las sociedades comerciales en virtud del despliegue de funciones de inspección, vigilancia y control, se hace imperiosa en beneficio de la seguridad jurídica – económica de los asociados, de los terceros que establecen relaciones con la persona jurídica del ente social, y de los fines del Estado Social de Derecho; campo jurídico frente al que debe estar atenta la academia asumiendo posición crítica y de seguimiento para evitar la desnaturalización de las funciones de la ésta Superintendencia.

5. La acción penal como “*ultima ratio*” es un instrumento valioso en materia de protección de los derechos patrimoniales de los socios o accionistas minoritarios en las sociedades comerciales y procede cuando el ejercicio de las facultades establecidas legalmente a favor de los socios minoritarios se tornan inocuas frente a las maquinaciones fraudulentas de asociados, administradores sociales o autoridades que generan grave detrimento económico a los intereses de quien o quienes se encuentran en condición vulnerable dentro de la estructura de la sociedad comercial.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrinal

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. 20 ed. Buenos Aires : Editorial Heliasta, 1986.

CASTILLO VASQUEZ, Ignacio y MOJICA RODRÍGUEZ, María Esperanza. Procesos de disolución y Liquidación de Sociedades Comerciales. Bogotá : Legis Editores, 2001.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Doctrinas y Conceptos Jurídicos. Bogotá, 1995 – 2000. (Publicaciones periódicas).

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Sociedades de Familia en Colombia. Bogotá, 2001.

GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. Nuevo Régimen Societario. Bogotá : Ediciones Librería del Profesional, 1996.

GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. Derecho Societario Contemporáneo. Bogotá : Legis Editores, 2004.

GUILLIEN, Raymond y VINCENT, Jean. Diccionario Jurídico. Bogotá : Editorial Temis, 1986.

LEAL PÉREZ, Hildebrando. Derecho de Sociedades Comerciales. Bogotá : Leyer Editores, 1999.

MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Responsabilidad Penal de los Administradores y Representantes Legales de Sociedades.

NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Teoría General de las Sociedades. 8 ed. Bogotá : Legis Editores, 1998.

\_\_\_\_\_. Tipos de Sociedad. Bogotá : Legis Editores, 1998.

NEIRA ARCHILA, Luis Carlos. La Reforma al Código de Comercio - Ley 222 de 1995 : Derecho de Retiro. Producción Editorial Departamento de Publicaciones Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 1996.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. 6 ed. Bogotá : Editorial Temis, 2000.

PEÑA NOSSA, Lisandro y RUIZ RUEDA, Jaime. Manual de Sociedades Comerciales. Bogotá : Cámara de Comercio de Bogotá, 1998 (Serie Biblioteca Cámara de Comercio de Bogotá ; no. 98).

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. 22 ed. Madrid, España : Editorial Espasa Calpe, 2001.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Disolución y Liquidación de Sociedades. 3 ed. Bogotá : Ediciones Doctrina y Ley, 1998.

\_\_\_\_\_. Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos. 2 ed. Bogotá : Editorial Temis, 1999.

\_\_\_\_\_. Derecho Societario. Tomos 1 y 2. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2002.

SANÍN BERNAL, Ignacio. Un Nuevo Derecho Societario. Medellín : Universidad Pontificia Bolivariana, 1999. (Biblioteca Jurídica Dike).

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho civil – Parte general y personas. Tomo 1. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1997.

## **Legal**

REPÚBLICA DE COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL. Constitución Política. Bogotá, 1991 (Gaceta Constitucional ; no. 116 y no.127).

REPÚBLICA DE COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1400 de 1970 “Código de Procedimiento Civil”.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 de 1971 “Código de Comercio Colombiano”.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Ley 57 de 1887. “Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional” – Código Civil Colombiano-.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 222 de 1995. “Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones”. (Diario Oficial ; no. 42.156, 20 de diciembre de 1995).

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 de 2000. “Por la cual se expide el Código Penal”. (Diario Oficial ; no. 44.097, 24 de julio de 2000, p. 1).

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 600 de 2000. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. (Diario Oficial ; no. 44.097, 24 de julio de 2000, p. 24).

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. (Diario Oficial ; no. 45.658, 1º de septiembre de 2004, p. 1).

### **Jurisprudencial**

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 180 de 1997. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 233 de 1997. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.