

**FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE
SOCIEDADES EN EL DERECHO COMERCIAL**

ANDRES ALFONSO PARIAS GARZON

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL
BOGOTA D.C.

2001

**FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE
SOCIEDADES EN EL DERECHO COMERCIAL**

ANDRES ALFONSO PARIAS GARZON

Monografía para aspirar al título de
abogado

Director:

FRANCISCO REYES VILLAMIZAR

Profesor de la facultad

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL
BOGOTA D.C.

2001

TABLA DE CONTENIDO

	Página
Introducción	1
I. Consideraciones previas	7
1. La jurisdicción	7
2. Las Superintendencias	11
3. Ejercicio de funciones jurisdiccionales por las superintendencias	13
3.1. Antecedentes	14
3.2. Derecho vigente	17
3.3. La desjudicialización y el derecho comercial	38

3.4. La desjudicialización en materia comercial en el derecho comparado	46
3.5. Control de los actos jurisdiccionales de las superintendencias, recursos y acciones procedentes contra los mismos	51
3.5.1. Recurso de reposición	53
3.5.2. Recurso de apelación	57
3.5.3. Acciones de nulidad en el contencioso administrativo	69
3.5.4. Acción de tutela	74
3.5.5. Indemnización de perjuicios	78
3.5.6. Análisis	80
La Superintendencia de Sociedades	83
1. Generalidades	83

2. Funciones administrativas	
84	
Inspección, vigilancia y control	85
Conciliación	89
Otras	95
De las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades en el derecho comercial	97
1. Procesos Concursales	98
1.1. Naturaleza jurídica de los procesos concursales en Colombia	99
1.2. Competencia de la Superintendencia de Sociedades	105
1.3. Concordato	112
1.3.1. Caso de función jurisdiccional debatido - Declaración de responsabilidad de la matriz en el concurso de la subordinada	129

1.4. Liquidación obligatoria	
137	
1.4.1 Viabilidad de la acumulación de procesos de liquidación	
Obligatoria	144
1.4.2 Importancia de la función jurisdiccional ejercida por la	
Superintendencia de Sociedades en el proceso de liquidación	
Obligatoria	146
2. Funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades	
en los acuerdos de reestructuración de la ley 550 de 1999	147
2.1. Acuerdos de reestructuración – Noción	149
2.2. Ambito de aplicación de la ley 550 de 1999	155
2.3. Vigencia de la ley	158
2.4. Tramite de los acuerdos de reestructuración	159
2.5. Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia de	

Sociedades en el trámite de estos acuerdos

164

2.5.1. Reconocimiento de presupuestos de ineficacia 164

2.5.2. Resolución de las objeciones a la determinación de
acreencias y derechos de voto 167

2.5.3. Conflictos sobre la existencia, validez, eficacia y oponibilidad del
acuerdo 170

2.5.4. Conflictos con ocasión de la terminación y ejecución del acuerdo 171

2.5.5. Declaración de incumplimiento de obligaciones a cargo de los
acreedores 172

2.5.6. Reducción de garantías 174

2.5.7. Acciones revocatorias y de simulación 176

3. Disolución de sociedades 182

3.1. Procedimiento 189

4 Reconocimiento de los presupuestos de ineficacia	195
4.1. Procedimiento	207
5. Arbitramento	210
6. Impugnación de decisiones de asamblea general de accionistas, junta de socios y juntas directivas	211
6.1. Procedimiento	219
7. Discrepancias sobre precios de alícuotas	225
8. Designación de peritos	230
8.1. Procedimiento	231
9. Aprobación de inventarios en liquidaciones privadas	233
9.1. Procedimiento	240
10. Revisión de contratos de suscripción de acciones	243

10.1. Procedimiento	246
11. Orden de reforma de cláusulas estatutarias ilícitas	247
11.1. Procedimiento	249
12. Suspensión de operaciones irreales	250
13. Discrepancias respecto de la ocurrencia de una causal de ejercicio del derecho de retiro	254
CONCLUSIONES	257
BIBLIOGRAFIA	261

INTRODUCCION

En la teoría del derecho público contemporáneo, al Estado se le confiere la facultad de dictar las normas jurídicas que gobernarán las relaciones de los asociados entre sí y de estos con el mismo Estado [Poder legislativo]; para que estas normas sean efectivamente observadas por sus destinatarios y aplicadas, el Estado asume además la facultad de ejecutarlas y hacerlas cumplir [Poder ejecutivo], al tiempo que se le confiere también el poder de resolver los conflictos entre particulares y de estos con el Estado conforme a las normas que han sido previamente establecidas [Poder jurisdiccional]. El poder jurisdiccional, entendido como el poder soberano del Estado para administrar justicia, es una de las funciones públicas de mayor importancia en un Estado de derecho, ella da aplicación a las normas promulgadas en ejercicio del poder legislativo, con lo cual se da estabilidad y seguridad al conglomerado social, incapaz de observarlas sin necesidad de la coerción estatal.

El barón de Montesquieu, luego de observar el sistema político vigente en Inglaterra y compararlo con el francés, manifestó en su obra *Del espíritu de las leyes* [1748] que para evitar un gobierno absolutista era necesario que los tres poderes básicos del Estado [legislativo, ejecutivo y jurisdiccional] estuviesen separados entre sí, es decir, radicados en cabeza de distintas autoridades, con lo cual se establecía un equilibrio entre estas, así se evitaría que el poder estatal se

desviara hacia inequidades y abusos¹, bajo la óptica de Montesquieu la concentración de dos o más de estos poderes en una sola persona o entidad era la manifestación de un Estado absolutista. La idea del barón de dividir el poder público en tres ramas se propagó alrededor del mundo y se acogió como modelo de los Estados democráticos, adaptándose a los diferentes regímenes políticos como el parlamentario europeo o el presidencialista norteamericano y latinoamericano². Después de 250 años de evolución política desde la obra de Montesquieu, su teoría de la separación de poderes ha sido modificada, se ha transitado de una separación absoluta como la planteada en *Del espíritu de las leyes*, a una racionalización de tal separación. En el Estado moderno el ejecutivo asume excepcionalmente funciones de orden legislativo y hasta judiciales, y así mismo el legislativo ejerce funciones judiciales y administrativas; la separación absoluta de los poderes públicos ha cedido ante las necesidades del Estado moderno³, en efecto, para poder garantizar la efectividad de los derechos y obligaciones consagrados por el legislador, el poder judicial renuncia a la exclusividad en el ejercicio de la función jurisdiccional para que esta sea asumida por otras autoridades del Estado.

¹ La obra de Montesquieu no es la primera referencia a la separación de poderes, con anterioridad, John Locke señaló en *El ensayo sobre el gobierno civil (1690)* la necesidad de fundamentar el poder en el consentimiento del pueblo y la conveniencia de la separación de poderes [Para Locke existían el poder ejecutivo, el judicial y el federativo, relativo a la guerra y las relaciones del Estado, los cuales debían estar sometidos al cuarto poder y el más importante, el poder legislativo], con lo cual ejerció gran influencia sobre el pensamiento francés pre-revolucionario, a través de Voltaire, Montesquieu y los enciclopedistas; sobre esta influencia puede consultarse: SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo Tomo I*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 243.

² La teoría de Montesquieu tuvo tal aceptación, que en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y Del Ciudadano de 1789 se consagró: “Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”.

³ Vladimiro Naranjo Mesa en su obra *Teoría constitucional e instituciones políticas*, expone y analiza magistralmente esta evolución. 5ª Edición, Bogotá, Editorial Temis S.A., 1994, p. 228 y ss.

En el derecho constitucional colombiano se produjo la misma evolución; más adelante se observará que en la Constitución Política de 1886 se prohibía, salvo contadas excepciones, el ejercicio de funciones judiciales por parte de organismos pertenecientes a la rama ejecutiva del poder público, mientras que la Constitución Política de 1991 lo permite expresamente.

El derecho comercial, una de las más dinámicas ramas del derecho, debe adecuarse constantemente a las nuevas realidades de su entorno y a las necesidades del comercio, razón por la cual no permaneció ajeno a esta evolución política, por lo tanto, la exclusividad en el ejercicio de la función jurisdiccional en cabeza de los jueces ha desaparecido, dando lugar a que entidades del poder ejecutivo, como las superintendencias, administren justicia en el campo del derecho mercantil.

Esta monografía tiene por objeto exponer y analizar a profundidad, de manera ordenada, coherente, y con un sentido crítico, las variadas funciones jurisdiccionales que han sido atribuidas a la Superintendencia de Sociedades en el campo del derecho comercial, su aplicación, en sus aspectos sustanciales y procesales, compararlas y valorarlas frente a instituciones semejantes del derecho comparado.

El trabajo se justifica en la medida en que el tema no ha sido objeto de exposición y análisis profundo por parte de la doctrina y jurisprudencia nacionales debido a su reciente consagración legislativa; en efecto, el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de una autoridad administrativa, como lo son las superintendencias, solo es posible en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991, como más adelante se observará, y las normas que actualmente desarrollan el tema son de muy reciente expedición [Ley 222 de 1995, ley 270 de 1996, ley 446 de 1998, ley 510 de 1999 y ley 550 de 1999].

El trabajo también señala que con la atribución de funciones jurisdiccionales a las superintendencias se le da eficacia al derecho comercial⁴, se solucionan de fondo y con celeridad los conflictos surgidos en su campo; de tal eficacia y celeridad se carecía debido a la lenta y tardía administración de justicia en cabeza de los jueces de la República, este solo hecho representa un avance para el derecho comercial, lo que justifica su explicación, estudio y valoración.

Al disponerse, como lo hace el artículo 148 de la ley 446 de 1998 [Modificado por el art. 52 de la ley 510 de 1999], que las decisiones adoptadas por las superintendencias en ejercicio de funciones jurisdiccionales no estén sometidas a acción o recurso alguno ante las autoridades judiciales, las superintendencias se instauran como tribunales de máxima instancia en el derecho comercial

⁴ Para N. BOBBIO la eficacia de la ley es un problema fenomenológico, consiste en la observancia o inobservancia de la norma por parte de sus destinatarios, y de los medios coercitivos por los cuales la autoridad hace valer la norma cuando ha sido violada. Teoría General del Derecho, Editorial Debate, España, 1991, p. 35.

colombiano, los procedimientos y doctrinas que la Superintendencia de Sociedades aplique en el ejercicio de sus funciones deben ser conocidos por todo aquel que tenga interés en el estudio del derecho comercial.

Las funciones jurisdiccionales atribuidas a las superintendencias han sido concebidas por la generalidad de la opinión como un simple mecanismo de descongestión de los despachos judiciales. Además de exponer y analizar dichas funciones, lo que realmente se pretende con esta monografía es demostrar que mediante un adecuado entendimiento y ejercicio de ellas, pueden ser mucho más que eso; en el estado actual de la justicia en el derecho comercial colombiano y de los procedimientos mercantiles, estas son un mecanismo que garantiza el imperio de la ley [legalidad], que garantizan la eficacia del derecho, que solucionan realmente los conflictos surgidos en el ámbito de aplicación del derecho mercantil; es decir que en el fondo son un mecanismo garante de una efectiva y oportuna administración de justicia en el derecho comercial colombiano, condición indispensable para el progreso económico del país, de la cual hasta ahora se ha carecido.

El estudio consta de dos partes; la primera parte se dedicará a realizar algunas consideraciones previas, breves, pero necesarias para el adecuado entendimiento de los conceptos que se usan en los acápites posteriores, que consiste en la definición de algunos términos, una corta reseña histórica en torno al ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas, los fundamentos

constitucionales vigentes que permiten que las superintendencias ejerzan funciones jurisdiccionales, y los recursos procedentes contra las decisiones adoptadas por las superintendencias en ejercicio de estas funciones.

La segunda parte se concentra en el estudio de las funciones jurisdiccionales más importantes que en el campo del derecho comercial han sido atribuidas a la Superintendencia de Sociedades. Por consideraciones de extensión los procesos concursales (concordato y liquidación obligatoria) y los acuerdos de reestructuración no se estudiarán con detalle, pues esta monografía busca darle al lector un conocimiento general de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades, sin pretender agotar un tema tan extenso como es el de los procesos concursales, dignos de estudios más profundos que el presente.

Esperamos con esta monografía aportar elementos que fomenten y sirvan de base para una adecuada regulación de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades.

I. Consideraciones previas

1. La jurisdicción

El vocablo jurisdicción no tiene un significado unívoco, se le atribuyen diversos significados⁵; para Maurice Duverger el poder jurisdiccional consiste en definir el derecho, pero no solamente en eso, sino también en sacar las consecuencias del derecho así enunciado, es decir, en aplicarlo, a su vez le da al poder jurisdiccional una noción “organicista” al definirlo como “... los órganos del Estado que aseguran la aplicación de las reglas de derecho establecidas de esta forma por los gobernantes...”⁶.

De todas las definiciones consultadas la que mejor sirve a los objetivos de este estudio es la que brinda Devis Echandía “... *soberanía del Estado, aplicada por conducto del órgano especial a la función de administrar justicia, principalmente para la realización o garantía del derecho objetivo y de la libertad y de la dignidad*”

⁵ El Diccionario de la Lengua Española lo define como “Poder o autoridad que tiene alguien para gobernar y poner en ejecución las leyes o para aplicarlas en juicio; término de un lugar o provincia; territorio en que un juez ejerce sus facultades de tal; autoridad, poder o dominio sobre otro; territorio al que se extiende”, Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Tomo II, 21ª Edición, Madrid, Editorial Espasa Calpe S.A., 1992, p. 1215.

*humanas, y secundariamente para la composición de los litigios o para dar certeza a los derechos subjetivos, o para investigar y sancionar los delitos e ilícitos de toda clase o adoptar medidas de seguridad ante ellos, mediante la aplicación de la ley a casos concretos, de acuerdo con determinados procedimientos y mediante decisiones obligatorias”.*⁷

García Maynez define la función jurisdiccional de manera más breve pero con igual sentido “... aplicación de normas jurídicas a casos concretos, aplicación que obliga a los particulares y puede hacerse efectiva aun contra su voluntad”⁸. Será este entonces el sentido que se le atribuya en este texto a la palabra jurisdicción, no se le tomará como el espacio territorial en que un juez administra justicia (concepción territorial), ni como el órgano del Estado que administra justicia (concepción organicista), sino como una función estatal consistente en administrar justicia aplicando las reglas de derecho establecidas, solucionando los conflictos intersubjetivos de manera definitiva y con carácter obligatorio.

Siguiendo a Devis Echandía la jurisdicción supone para quien la ejerce los siguientes poderes:

⁶ DUVERGER, Maurice. Instituciones Políticas y Derecho Constitucional, 6ª Edición española, Barcelona, Editorial Ariel, 1980, p. 158 y 159.

⁷ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General del Proceso, Tomo I, , Buenos Aires, Editorial Universidad 1984, p. 76

⁸ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del derecho, 5ta. Edición, Abogados asociados editores, p. 229.

- a. Poder de decisión: En virtud de este poder la controversia se soluciona con fuerza obligatoria, sus efectos se traducen en la cosa juzgada propia de las sentencias.
- b. Poder de coerción: Con este el funcionario judicial asume los poderes suficientes para cumplir con su función, imponiendo su autoridad frente a las partes y terceros durante el proceso. Se ejerce este poder en eventos como el embargo y el secuestro de bienes.
- c. Poder de documentación: Es el poder de decretar y practicar las pruebas necesarias para fallar.
- d. Poder de ejecución: Se trata del poder de hacer cumplir lo juzgado, de hacer cumplir las decisiones⁹.

Se trata de una función pública "... por cuanto es el Estado el que mediante los órganos y personas especialmente considerados aptos por la ley para ejercerla la lleva a efecto. Por regla general, ese órgano es el jurisdiccional, aun cuando, otros casos especiales, que, por cierto tienden a aumentar, la jurisdicción se radica en cabeza de ramas del Poder Público diferentes, como la Legislativa y la Ejecutiva".¹⁰

Finalmente el artículo 1º de la Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996) establece: "*La administración de justicia es la parte de la función pública*

⁹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op. cit., p. 79 a 81.

¹⁰ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General Tomo I, 7ª Edición, Bogotá, Dupré Editores Ltda., 1997, p. 95.

que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional”.

Por tratarse esta monografía del ejercicio de la función jurisdiccional por parte de autoridades administrativas es necesario distinguir el *acto jurisdiccional* del *acto administrativo*. Para ello existen varios criterios, un criterio orgánico que los distingue en razón del órgano que expide el acto, un criterio formal que atiende a la forma de expedir el acto, y un criterio objetivo o material que determina su naturaleza por el contenido del acto y sus efectos. Los dos primeros criterios resultan insuficientes para distinguir el acto administrativo del jurisdiccional, pues una misma autoridad puede expedir actos administrativos y jurisdiccionales, lo que desvirtúa el criterio orgánico, o un mismo acto puede adoptar diferente forma a pesar de su naturaleza en razón del ente que lo expide, razón que desvirtúa el criterio formal, por lo tanto, el mejor criterio es el objetivo o material conforme al cual, según Carlos Ariel Sánchez Torres “... si estamos ante una decisión del Estado que resuelve una controversia mediante la aplicación de una ley general a un caso particular estaremos frente a un acto judicial... Pero si estamos ante un acto que concreta aquellas actividades de carácter permanente que de manera directa e inmediata, debe realizar el Estado frente a los asociados para satisfacer sus necesidades generales, de acuerdo con el ordenamiento jurídico preestablecido y haciendo uso de las prerrogativas del poder público, estaremos

ante un acto de carácter administrativo, cualquiera que sea el órgano que lo expida”¹¹, por lo tanto será este el criterio que se adopte en esta monografía para distinguir los actos administrativos de los jurisdiccionales, en la forma en que lo define Sánchez Torres.

La jurisdicción debe distinguirse de la competencia, esta última es la distribución de la jurisdicción entre las diversas autoridades que administran justicia, por medio de esta se determina en que campo puede el funcionario judicial ejercer sus funciones, así estas pueden estar circunscritas a un territorio determinado, a una clase de asuntos, a una determinada cuantía de las pretensiones en discusión, a ciertos asuntos, etc.

En conclusión, la competencia es el poder de una autoridad investida de jurisdicción para ejercer su función en un caso concreto.

2. Las superintendencias

El artículo 4º del Decreto 1050 de 1968 definía las superintendencias como “organismos adscritos a un ministerio que, dentro del marco de la autonomía administrativa y financiera que les señala la ley, cumplan algunas de las funciones que corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa y las que la ley les asigna”. El artículo 66 de la ley 489 de 1998, que

derogó expresamente el Decreto 1050 de 1968, define las superintendencias como “... organismos creados por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que aquella les señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones de inspección y vigilancia atribuidas por la ley o mediante delegación que haga el Presidente de la República previa autorización legal, la dirección de cada superintendencia estará a cargo del superintendente”.

El artículo 115 de la Constitución Política establece que hacen parte de la rama ejecutiva del poder público. El art. 38 numeral 1º literal e) de la ley 489 de 1998 dispone que hacen parte del poder central aquellas superintendencias sin personería jurídica, y el numeral 2º literal c) del mismo artículo consagra que aquellas que tengan personería jurídica hacen parte del sector descentralizado por servicios.

La primera superintendencia fue la Bancaria que se creó en la ley 45 de 1923, a esta siguió la Superintendencia de Sociedades Anónimas [Hoy Superintendencia de Sociedades] con la Ley 58 de 1931, al lado de las cuales existen hoy en día, entre otras, la de Industria y Comercio, la de Valores [Antigua Comisión Nacional de Valores que en virtud del Art. 52 Transitorio de la Constitución asumió la estructura de superintendencia], la de Notariado y Registro, la Superintendencia General de Puertos, la de Servicios Públicos (Art. 370 C.P.), la de Vigilancia y Seguridad Privada (Ley 62 de 1993), etc.

¹¹ SANCHEZ TORRES, Carlos Ariel. El acto administrativo, Teoría general, 2ª edición, Bogotá, Legis

Según Jaime Vidal Perdomo “En el fenómeno del nacimiento de superintendencias se observan dos elementos característicos: una serie de asuntos administrativos a cargo de un ministerio, que en un momento dado adquieren importancia mayor; el tránsito, digamos, de una división ministerial a una superintendencia, se hace otorgando a esta cierta autonomía. Así nace un nuevo organismo, que guarda relación con un ministerio..., pero que adquiere cierta independencia que le da la ley para la atención de sus funciones, sin alcanzar la personalidad jurídica de los establecimientos públicos”.¹²

3. Ejercicio de funciones jurisdiccionales por las superintendencias

Como se anotó previamente, la teoría de la separación de poderes del barón de Montesquieu establecía que la función judicial debía hallarse separada de la función administrativa y la legislativa; este postulado se consigno en la mayoría de las constituciones del mundo occidental. Con el tiempo su rigurosidad se desvaneció ante las necesidades del Estado moderno, que se vio obligado a radicar en cabeza del poder legislativo y ejecutivo algunas atribuciones propias del judicial con el fin de cumplir con los cometidos estatales y obtener una pronta

Editores S.A., 1995, p. 49.

¹² VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho administrativo, 11ª Edición, Bogotá, Editorial Temis S.A., 1997, p. 59.

solución de conflictos que no garantizaba esta última rama del poder; esta misma evolución se produjo en el derecho administrativo colombiano.

3.1. Antecedentes

El artículo 61 de la Constitución Política de 1886 seguía fielmente la teoría de la separación de poderes al disponer que “Ninguna persona o corporación podrá ejercer simultáneamente, en tiempo de paz, la autoridad política o civil y la judicial o la militar”. Esta norma nos lleva a concluir que en tiempos de paz no era posible que una autoridad administrativa ejerciera funciones jurisdiccionales, con excepción de lo dispuesto en los artículos 27 y 107 de la misma Constitución.

Posteriormente el artículo 6 del Acto Legislativo número 1 de 1945 subrogó el artículo 55 de la Constitución de 1886 estableciendo un importante principio que preside el funcionamiento de nuestras instituciones políticas hoy en día:

“Son Ramas del Poder Público la Legislativa, la ejecutiva, y la Jurisdiccional.

El Congreso, el Gobierno y los Jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado”.

Este principio implicó el reconocimiento de que resulta imposible mantener absolutamente separadas las ramas del poder público, en la medida en que tienen la finalidad común de satisfacer las necesidades del conglomerado social, se

genera entre ellos una necesaria conexión y dependencia en el ejercicio de sus respectivas atribuciones¹³.

Sin embargo la consagración de la “colaboración armónica” no implicó en ningún momento que autoridades administrativas, como las superintendencias, quedasen facultadas para administrar justicia, pues la redacción del artículo 61 constitucional antes referido se mantuvo intacta¹⁴.

Con todo, bajo la vigencia del artículo 61 de la Constitución de 1886 se otorgaron funciones jurisdiccionales a las superintendencias, autoridades administrativas. En efecto, la ley 45 de 1923 asignó a la Superintendencia Bancaria la toma de posesión y liquidación forzosa administrativa de los establecimientos bancarios, y el artículo 1928 y siguientes del Código de Comercio de 1971 confirieron competencia a la Superintendencia de Sociedades para conocer del concordato preventivo obligatorio de ciertas sociedades¹⁵, las empresas industriales o comerciales del Estado y sociedades de economía mixta en las que la

¹³ Este principio se encuentra consagrado en el inciso final del art. 113 de la Constitución Política de 1991, y se refleja en las variadas relaciones que tienen las ramas del poder público entre ellas, así el ejecutivo en relación con el legislativo tiene iniciativa en los proyectos de ley, a veces exclusiva, sanciona, promulga y reglamenta las leyes, los ministros intervienen en los debates, y el gobierno instala y clausura los periodos de reunión del legislativo, y en relación con el judicial, presta la fuerza pública para la ejecución de sus providencias. El legislativo en relación con el ejecutivo aprueba el presupuesto de rentas y la ley de apropiaciones e investiga y juzga políticamente al Presidente de La República, y en relación con el judicial dicta las normas de procedimiento y otras que afectan el funcionamiento de tal rama. El judicial investiga y juzga a los miembros de las otras ramas del poder público, y falla sobre los asuntos contenciosos en que son parte los entes públicos.

¹⁴ La vigencia del principio de la separación de poderes y la imposibilidad de ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de una autoridad administrativa bajo la vigencia de la Constitución de 1886 se exponen con claridad en la sentencia que declaró inexecutable algunos artículos de la Ley 2 de 1984: Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia mayo 31 de 1984, Magistrado Ponente: Dr. Manuel Gaona Cruz.

participación estatal era principal, bien directa o indirectamente, dicha competencia fue de nuevo ratificada por el decreto 350 de 1989.

En torno a la naturaleza jurídica de los actos proferidos por la Superintendencia de Sociedades en el trámite del concordato preventivo obligatorio se suscitó un debate doctrinal entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

El Consejo de Estado se abstuvo reiteradamente de conocer las demandas de nulidad interpuestas contra las providencias dictadas por la superintendencia en el proceso concordatario, al considerar que estos actos se expedían en ejercicio de una función jurisdiccional y no de funciones administrativas, consideraba este tribunal que para adelantar el proceso era necesario el ejercicio de poderes propios de una autoridad judicial por parte de la superintendencia¹⁶, y que el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de las entidades administrativas era posible a la luz del artículo 55 de la constitución entonces vigente, lo que a nuestro juicio constituyó un grave error de interpretación, pues se estaba desconociendo el claro tenor del art. 61 de la Constitución de 1886, que prohibía tajantemente el ejercicio de función jurisdiccional por las autoridades administrativas.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia al declarar la exequibilidad de las normas del Código de Comercio antes citadas, de manera evidentemente errada,

¹⁵ Aquellas sometidas al control de la entidad, con pasivo superior a cinco millones de pesos o más de cien trabajadores permanentes, que no estuviesen previstas en las excepciones del art. 1935 del mismo Código de Comercio de 1971.

consideró que las funciones ejercidas por la superintendencia eran de naturaleza administrativa por ser manifestación del poder de inspección y vigilancia sobre las sociedades mercantiles que en ella delegó el Presidente de la República. Además, consideraba inadmisibile el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de una autoridad administrativa¹⁷.

El tiempo le daría la razón al Consejo de Estado, en lo relativo a la naturaleza del trámite del concordato, puesto que finalmente, la ley 222 de 1995 consagró en sus artículos 89 y 90 que el trámite del concordato en cabeza del Superintendente de Sociedades representa el ejercicio de una función jurisdiccional.

3.2. Derecho vigente

En la Constitución Política vigente se consagró el principio de la separación de poderes en su artículo 113, y en los siguientes [114 a 120] se mencionan las autoridades que hacen parte de cada rama del poder, así como aquellos órganos del Estado que no pertenecen a ninguna de las ramas tradicionales del poder público, entre los que se encuentran, a manera de ejemplo, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República y la organización electoral.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto enero 22 de 1981, Consejero Ponente: Dr. Carlos Galindo Pinilla.

¹⁷Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, sentencia agosto 18 de 1981, M.P.: Dr. Oscar Salazar Chaves. En idéntico sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia enero 28 de 1988, M. P. Dr. Jesús Vallejo Mejía. La misma posición fue reiterada por la Corte al declarar la exequibilidad de varios

En el Estado colombiano se ha hecho manifiesta la necesidad de una pronta resolución de los litigios, a la vez que se hizo evidente la falta de eficiencia del poder judicial debido a la congestión de los despachos judiciales, esto dio lugar a que se consagrara la posibilidad de atribuir funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas en el inciso tercero del artículo 116 de la Constitución Política de 1991:

“La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no le será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley” [Cursiva fuera de texto].

Entre los antecedentes de esta disposición en la asamblea Nacional Constituyente de 1991 encontramos que en el proyecto de acto reformativo de la Constitución Política de Colombia No. 2 presentado por el gobierno nacional se consagraba en

aportes del Decreto 350 de 1989 en sentencia de agosto 31 de 1989, Sala Plena, Magistrados Ponentes: Dr.

el art. 150 del mismo que: “2. Con el debido control judicial, las autoridades administrativas y los particulares podrán ejercer función jurisdiccional, en los casos, las condiciones y con las formalidades que determine la ley”¹⁸, esta disposición buscaba revitalizar el poder judicial como lo manifestó el Presidente Cesar Gaviria Trujillo¹⁹. Los constituyentes Juan Gómez Martínez y Hernando Londoño propusieron algo semejante en su proyecto de acto reformativo de la Constitución Política de Colombia No.9²⁰.

La mencionada disposición aparece por primera vez, redactada de manera distinta a como lo esta actualmente, entre los artículos aprobados por la comisión 4^a de la asamblea²¹, posteriormente se modifica su redacción al ser aprobado en primer debate²², y su redacción es modificada una vez más en la codificación para segundo debate²³. Finalmente aparece redactada tal cual lo esta hoy al ser promulgada la Constitución el 7 de julio de 1991²⁴.

Jaime Sanín Greiffenstein y Dr. Dídimo Páez Velandia.

¹⁸ Gaceta Constitucional No. 5, febrero 15 de 1991, p. 17

¹⁹ Diario de la asamblea Nacional Constituyente, No.1, p. 6.

²⁰ Gaceta Constitucional No. 9, febrero 19 de 1991, p. 9.

²¹ Gaceta Constitucional No. 83, mayo 27 1991, p. 28

²² Gaceta Constitucional No. 109, junio 27 1991, p. 9

²³ Gaceta Constitucional No. 113, mayo 5 1991, p. 28.

²⁴ Gaceta Constitucional No. 114, pág. 8 y No. 116, julio 20 1991, p. 9. Mario Roberto Molano al referirse a esta disposición comenta que “En realidad el propósito del constituyente, en este caso, es establecer un fundamento constitucional a la jurisdicción de Policía, que ejercen las inspecciones de Policía y las superintendencias”, La Función Mediadora del Estado en la Constitución de 1991 – El poder de los Jueces-, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1993, p. 34. Reyes Villamizar sostiene que fue la Superintendencia de Sociedades quien lideró la inclusión de este artículo en la Constitución Política de 1991, *Modificaciones relativas a la Superintendencia de Sociedades*, en *Reformas de los procedimientos civil y contencioso administrativo – Ley 446 de 1998*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1999, p. 55 y siguientes.

La disposición del proyecto del gobierno nacional que sometía al control judicial los actos jurisdiccionales de las autoridades administrativas fue suprimida, específicamente desde que el artículo fue aprobado por la comisión 4ª de la asamblea.

La disposición constitucional se complementa con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia:

“Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política: ...

2º Las autoridades administrativas, de acuerdo con las normas sobre competencia y procedimiento previstas en las leyes. Tales autoridades no podrán, en ningún caso, realizar funciones de instrucción o juzgamiento de carácter penal”.

Es claro que bajo la Constitución Política vigente es plenamente posible la atribución de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas como lo son las superintendencias, siempre que se cumplan las siguientes exigencias, que se derivan de la lectura del artículo 116 constitucional:

1. Que la función jurisdiccional sea atribuida por la ley.

Esto implica que la función bien puede ser atribuida por el legislador ordinario (Congreso de la República, art. 150 C.P.) o el extraordinario (Presidente de la República en ejercicio de atribuciones legislativas). La Corte Constitucional en Sentencia C-212 del 28 de abril de 1994²⁵, al referirse a algunas funciones jurisdiccionales atribuidas a la Dirección General Marítima y Portuaria, DIMAR, expresó: “Ya se ha visto que mientras sea la ley la que señale dichas competencias excepcionales y la atribución correspondiente se refiera a materias precisas y las autoridades administrativas correspondientes sean determinadas, no se presenta violación alguna de la Carta... A juicio de la Corte, la exigencia del artículo 116 en el sentido de que la atribución excepcional de funciones judiciales a autoridades administrativas esté contenida en la ley queda satisfecha cuando la norma pertinente se expide por el Jefe del Estado revestido temporal o extraordinariamente de funciones legislativas. En otros términos, el precepto constitucional demanda una ley en sentido material y no necesariamente formal y orgánica”²⁶.

La Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad, únicamente respecto de los cargos planteados en la demanda referentes a la violación del principio de unidad de materia y de la reserva de ley estatutaria, de los artículos 111 a 142, 146, parte del 147, y 148 de la Ley 446 de 1998, que contienen funciones jurisdiccionales de

²⁵ Sala Plena, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo, Expediente: D-319.

²⁶ Marco Antonio Fonseca invocando diversas disposiciones constitucionales considera que sólo el Congreso, legislador ordinario, puede atribuir función jurisdiccional a las autoridades administrativas. Consideramos que este autor realiza una errónea interpretación de la Constitución que desconoce la noción de ley en sentido material, véase: FONSECA RAMOS, Marco Antonio. Procesos concursales: concordato y liquidación obligatoria, Ediciones Uninorte, 1996, p. 59.

las superintendencias de Sociedades, Bancaria y de Valores, señaló que la atribución de funciones jurisdiccionales a entidades administrativas no requería de una ley estatutaria, sino que por el contrario se podía realizar a través de una ley ordinaria, reiterando su posición expuesta en la sentencia C-037 de 1996²⁷ al respecto cuando revisó la constitucionalidad de la ley estatutaria de la administración de justicia, Ley 270 de 1996. La Corte expresó que se ajustaba a la Constitución la función de administrar justicia a cargo de las autoridades administrativas, y que era materia propia de la ley ordinaria señalar las reglas sobre competencia y procedimiento correspondientes a dichas formas o modalidades de administración de justicia, en la medida en que no tocan con los fundamentos de la estructura general de la administración de justicia ni con los principios que deben ser observados por los jueces en ejercicio de las competencias a ellos otorgadas, sino con situaciones relacionadas con la atribución de función jurisdiccional a las superintendencias mencionadas²⁸.

La Corte Constitucional también ha precisado que la expresión “Excepcionalmente” del inciso tercero del artículo 116 no significa que las funciones jurisdiccionales atribuidas a las autoridades administrativas deban serlo sólo de manera transitoria y no permanente. La Corte indicó que “Lo excepcional no es tan sólo aquello que no reviste el carácter de permanente. Es más bien aquello que, en los términos del Diccionario de la Real Academia Española de la

²⁷ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁸ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-672 de septiembre 9 de 1999, Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Lengua, “constituye una excepción de la regla común”. La regla común es el ejercicio de funciones administrativas por parte de las superintendencias, por lo cual la ejecución de funciones jurisdiccionales es excepcional. Lo que el constituyente quiso fue esta excepcionalidad, no la transitoriedad de dicho ejercicio. Si hubiera querido autorizar sólo el ejercicio transitorio, así lo habría dicho”²⁹.

Por otra parte, la Corte Constitucional al analizar la exequibilidad de las funciones atribuidas en materia de competencia desleal a la Superintendencia de Industria y Comercio por la ley 446 de 1998, señaló: “Sin embargo, es claro que el artículo 116 enfatiza el carácter excepcional de este tipo de atribuciones; por lo mismo, cuando se trata de interpretar normas que atribuyen funciones pero son ambiguas en cuanto a su carácter, como las que ocupan la atención de la Corte, habrá de darse preferencia a una interpretación según la cual las funciones son, como norma general, administrativas, salvo aquellas que el Legislador haya determinado, con precisión y especificidad, que son jurisdiccionales”³⁰. Por consiguiente, este principio deberá regir la interpretación de disposiciones como las que son objeto de esta monografía.

2. Que la competencia sea limitada a materias precisas.

²⁹ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C – 384 de abril 5 de 2000, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

³⁰ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C – 649 de junio de 2001, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

En la ya citada sentencia C-212 del 28 de abril de 1994, la Corte Constitucional consideró que una norma resulta contraria a la Constitución cuando atribuye "... una función indefinida que, por ello, choca abiertamente con la precisión exigida por el artículo 116 de la Carta para poder radicar en cabeza de autoridades administrativas funciones de carácter jurisdiccional".

La Corte Constitucional en sentencia T – 120 de marzo 29 de 1993³¹ sostuvo que la función jurisdiccional atribuida a las autoridades administrativas "... debe estar taxativamente consagrada en la ley y no nacer de una decantación intelectual fruto de la interpretación legal... La razón jurídica de lo anterior, es la seguridad que debe garantizar el Estado a quien se somete a la función jurisdiccional de la propia estructura estatal".

3. *Que la autoridad administrativa sea determinada.*
4. *Que la función atribuida no consista en la instrucción de sumarios o juzgamiento de delitos.*
5. *Que la función jurisdiccional sea ejercida con independencia e imparcialidad.*

³¹ Sala Séptima de Revisión, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, Expediente No. T – 5088.

Algunos, desconfiados por el desplazamiento de poderes jurisdiccionales a entidades de la rama ejecutiva, no consideran pertinente que las superintendencias ejerzan funciones jurisdiccionales, entre ellos Marco Antonio Fonseca manifiesta: “Filosóficamente y políticamente, por principio, estamos en desacuerdo con el inmenso poder de las superintendencias, y no comulgamos con su crecimiento... Por el camino de la “desjudicialización” de los procesos concursales transitamos hacia el monopolio del ejecutivo en el manejo de los aspectos judiciales... Ello no es sano porque, aunque ha de predicarse la independencia, la imparcialidad y la absoluta sujeción a la legalidad tanto de funcionarios administrativos como de los judiciales, en el caso de los primeros, siendo los superintendentes empleados de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República y su ministro, es decir, sus inferiores jerárquicos y subordinados directos, estarán de hecho sometidos a eventuales presiones políticas”³².

Sobre la independencia e imparcialidad de las Superintendencias, y en general de las autoridades administrativas, que ejercen funciones jurisdiccionales, la Corte Constitucional en Sentencia C – 1641 de 2000³³, por la cual declaró la inexecutable de las normas que otorgaban función jurisdiccional a la

³² FONSECA RAMOS, Marco Antonio. Op. cit., p. 3 a 5.

³³ Corte Constitucional, Sentencia C – 1641 de 29 de noviembre de 2000, Expediente D-2974. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Superintendencia Bancaria para resolver ciertos conflictos de las entidades financieras con sus clientes, sostuvo lo siguiente:

“Una lectura aislada y literal del artículo 116 parecería indicar que la ley puede atribuir funciones judiciales a cualquier autoridad administrativa, puesto que esa disposición constitucional no establece que el funcionario a quien se le confieran esas competencias jurisdiccionales deba reunir determinados requisitos. Sin embargo, una interpretación constitucional sistemática lleva a la inevitable conclusión de que para que un funcionario administrativo pueda ejercer funciones jurisdiccionales debe contar con ciertos atributos de independencia e imparcialidad. En efecto, la Carta es clara en señalar que las decisiones de la justicia son independientes (CP art. 228),... En tales condiciones, es necesario armonizar la posibilidad que confiere el artículo 116 de la Carta de conferir funciones judiciales a las autoridades administrativas con los requisitos de imparcialidad, predeterminación e independencia que deben tener las personas que ejercen funciones jurisdiccionales. Una conclusión se impone: La ley puede conferir atribuciones judiciales a las autoridades administrativas, pero siempre y cuando los funcionarios que ejercen concretamente esas competencias no sólo se encuentren previamente determinados en la ley sino que gocen de la independencia e imparcialidad propia de quien ejercita una función judicial... La anterior conclusión, que surge de una interpretación sistemática de la Carta, armoniza además plenamente con varias decisiones previas de esta Corte, que explícitamente señalaron que el ejercicio de una atribución jurisdiccional requería

que el funcionario concreto gozara de independencia e imparcialidad... El examen precedente lleva una conclusión ineludible: bien puede la ley atribuir funciones judiciales a las superintendencias, tal y como lo hacen las disposiciones acusadas. Sin embargo, el actor acierta en señalar que en determinados casos, el ejercicio de esas competencias judiciales por esas entidades es susceptible de desconocer el debido proceso, pues si el funcionario que debe decidir judicialmente un asunto en esa entidad se encuentra sometido a instrucciones al respecto por sus superiores, o tuvo que ver previamente con la materia sujeta a controversia, es obvio que no reúne la independencia y la imparcialidad que tiene que tener toda persona que ejerza una función jurisdiccional en un Estado de derecho (CP art. 228)... Ahora bien, en desarrollo de la atribución referente al control, vigilancia y supervisión por parte de la superintendencia bancaria, esta instruye a las instituciones sujetas a control, sobre la manera como se debe asegurar el cumplimiento de la actividad, fija criterios técnicos y jurídicos, practica inspecciones, establece los parámetros para asegurar el cumplimiento de las normas, todo lo cual, sin lugar a dudas, la obliga a tomar una posición frente a las entidades, que a la postre condiciona el ejercicio imparcial de sus atribuciones jurisdiccionales en estos puntos... Considera la Corte que la función de inspección, control y vigilancia permite a las superintendencias dar instrucciones que comprometen un criterio de imparcialidad para juzgar posteriormente los asuntos previstos en el artículo 51 de la ley 510 de 1999 porque, como bien lo señala el demandante, su actuación estará sujeta a esos pronunciamientos anteriores, lo cual sin duda vulnera los artículos 228 y 229 de la Constitución, en

consonancia con el artículo 29 ídem... Lo anterior no quiere significar que se presuma una actitud torcida o malintencionada del funcionario que tenga a su cargo la función jurisdiccional, sino que, no se dan las circunstancias que objetivamente aseguren una completa imparcialidad en la decisión final... El criterio de independencia también resulta afectado toda vez que el funcionario administrativo investido de funciones judiciales, está supeditado a los derroteros establecidos por el superintendente, quien ha tenido injerencia previa y directa en el desarrollo de las funciones de control, inspección y vigilancia. De esta manera, el mecanismo adoptado por el legislador es válido, pero resulta inocuo para casos donde no se garantiza ni la independencia ni la autonomía a que se ha hecho referencia... las directrices administrativas de inspección, control y vigilancia dadas por la superintendencia limitan una actividad jurisdiccional posterior de la misma entidad, toda vez que ya hay una posición previa de la entidad en relación con las actividades que ahora tiene que juzgar... Debe quedar en claro que la posibilidad de asignar a las autoridades administrativas funciones jurisdiccionales de manera excepcional mantiene vigencia como ha sido reconocido por la Corte..., a tal punto que las normas acusadas no son las únicas que otorgan facultades de esta naturaleza a las Superintendencias, pues hay otras que así lo prevén, como por ejemplo la mencionada en la ley 222 de 1995. Pero de cualquier manera, ello no significa que en uso de estas atribuciones puedan decidir sobre cualquier clase de asuntos diferentes a la instrucción de sumarios o la investigación de delitos: es necesario además que la independencia e imparcialidad del funcionario estén completamente aseguradas, lo cual no ocurre

en casos como los aquí previstos porque habría un juez de sí mismo, naturalmente que institucionalmente hablando”.

La falta de claridad del fallo citado hace difícil determinar la constitucionalidad de varias de las funciones jurisdiccionales ejercidas por las superintendencias hoy en día, sino de todas, porque el fallo da a entender que las funciones jurisdiccionales son excluyentes con sus funciones de inspección, vigilancia y control, en la medida en que sostiene que las directrices administrativas de inspección, control y vigilancia dadas por las superintendencias limitan una actividad jurisdiccional posterior de la misma entidad, toda vez que ya hay una posición previa de la entidad sobre los hechos que habrá de juzgar. Así, se estaría negando la posibilidad de que las superintendencias ejerzan funciones jurisdiccionales sobre las sociedades o entidades que vigilan, por carecer de la imparcialidad e independencia de que deben gozar los jueces.

La posibilidad de que los planteamientos del fallo en cuestión resulten aplicables a la Superintendencia de Sociedades no es clara. A pesar de que la entidad ha emitido circulares externas dirigidas a las sociedades inspeccionadas, vigiladas y controladas, sus facultades de inspección, vigilancia y control no son tan amplias como las facultades de instrucción y fijación de criterios que la Superintendencia Bancaria ejercer sobre sus vigiladas³⁴, y que son las que determinaron la

³⁴ El literal a) numeral 3 del Artículo 2º del Decreto 2359 de 1993, que corresponde al artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero señala que es función de control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria “Instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que

inexequibilidad de las funciones jurisdiccionales atribuidas a esta última. Es así como las facultades de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades no la facultan para instruir a sus vigiladas sobre la manera en que habrá de desarrollar sus actividades³⁵.

Por lo tanto, a nuestro juicio puede sostenerse que las funciones de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades no la inhabilitan para ejercer funciones jurisdiccionales puesto que la entidad no cuenta con la facultad de instruir a sus sociedades inspeccionadas, vigiladas o controladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad, como si lo hace la Superintendencia Bancaria, por lo cual, sus funciones jurisdiccionales, en cuanto a este aspecto relativo a la imparcialidad e independencia, se ajustan a la constitución.

Sin embargo, consideramos que cuando frente a un caso concreto que implique el ejercicio de funciones jurisdiccionales por la Superintendencia de Sociedades, la entidad encuentre que en ejercicio de sus funciones administrativas ya se ha pronunciado en ese caso o ejercido alguna facultad que pueda determinar que tiene una posición preexistente frente al caso [v.g. Ha impuesto sanciones a la

regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación”.

³⁵ En efecto, ni en la ley 222 de 1995, que en sus artículos 82 a 88 regula la inspección, vigilancia y control por parte de la Superintendencia de Sociedades, ni en el artículo 2º del Decreto 1080 de 1996, que señala las funciones de la entidad, figura una facultad de instrucción o fijación de criterios remotamente semejante a la conferida a la Superintendencia Bancaria.

sociedad por los mismos hechos] debe abstenerse de conocer del caso alegando que puede estar comprometida su imparcialidad e independencia requeridos para fallar o decidir validamente. Obviamente este “juicio de imparcialidad” deberá realizarse en cada caso concreto. Así mismo, consideramos que las causales de recusación e impedimentos previstas para los jueces en el Código de Procedimiento Civil [Artículo 150] son aplicables a los funcionarios de la Superintendencia de Sociedades que deban realizar la instrucción o la adopción de decisiones en los procesos en que la Superintendencia ejerza funciones jurisdiccionales como garantía de imparcialidad para los administrados sujetos a la jurisdicción de la entidad³⁶.

Sin embargo, la Corte Constitucional, al analizar las funciones conferidas a la Superintendencia de Industria y Comercio por la ley 446 de 1998, al abordar el tema de la imparcialidad, luego de transcribir la providencia antes citada, señaló:

“Aplicadas al caso presente, las anteriores reglas sí plantean un claro problema de constitucionalidad. Si la Superintendencia de Industria y Comercio ejerce sus funciones jurisdiccionales respecto de una entidad o una situación en relación con la cual ya había ejercido, con anterioridad, sus funciones administrativas, resulta claro que su imparcialidad estaría comprometida *ab initio*, puesto que se buscaría una decisión (definitiva) en relación con una situación que ya había generado un

³⁶ Para las actuaciones administrativas, de naturaleza distinta de las jurisdiccionales, se ha previsto de manera expresa la aplicación de estas causales a los funcionarios que adelantan investigaciones, practican pruebas o pronuncian decisiones definitivas [Artículo 30 Código Contencioso Administrativo]. Así, si estas causales son

pronunciamiento anterior. Por lo tanto, tal hipótesis sería lesiva de la garantía de imparcialidad que caracteriza a la administración de justicia, según lo deseó el Constituyente, lo cual configura uno de los elementos esenciales del derecho fundamental al debido proceso. En consecuencia, habrá de condicionarse la constitucionalidad de las normas estudiadas en el siguiente sentido: no podrá el mismo funcionario o despacho de la Superintendencia de Industria y Comercio, ejercer funciones jurisdiccionales respecto de casos de competencia desleal, en los cuales ya se hubiera pronunciado con anterioridad, con motivo del ejercicio de sus funciones administrativas de inspección, vigilancia y control en la materia. Tales funciones deben ser desarrolladas por funcionarios distintos, entre los cuales no medie relación alguna de sujeción jerárquica o funcional en lo que atañe al asunto que se somete a su conocimiento³⁷.

Por lo tanto, podría afirmarse, con base en este último fallo citado, que la imparcialidad que se puede ver comprometida es la del funcionario y no la de la entidad; es decir, en el evento en que en ejercicio de funciones jurisdiccionales una superintendencia conozca de un caso del cual ya ha conocido en ejercicio de funciones administrativas, la entidad no deberá declararse incompetente, sino que deberá velar porque los casos no sean resueltos por el mismo funcionario, ni por funcionarios entre los cuales medie relación alguna de sujeción jerárquica o funcional.

aplicables a las actuaciones administrativas de la superintendencia, con mayor razón lo deben ser a sus actuaciones jurisdiccionales.

³⁷ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C – 649 de junio de 2001, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

El impacto de la primera de las sentencias mencionadas ha sido importante, puesto que ha llevado a que la Superintendencia de Sociedades se abstenga de resolver algunas consultas de ciudadanos sobre temas relacionados con sus funciones jurisdiccionales por considerar que una manifestación al respecto podría comprometer su imparcialidad en el momento de ejercer posteriormente la función jurisdiccional sobre el mismo caso.

Como evidencia de lo anterior podemos citar los siguientes casos:

- a. La Superintendencia de Sociedades se negó a contestar la formulación de consultas de una entidad pública, que en ejercicio del derecho de petición solicitó a la entidad un concepto sobre la forma en que, como acreedor, debía presentar una obligación en los procesos concursales o acuerdos de reestructuración, a lo cual la entidad respondió: "...Sea la oportunidad para señalar que la Entidad se abstiene de emitir concepto, dado que en los procesos concursales como en los acuerdos de reestructuración, la Superintendencia es la autoridad jurisdiccional competente para resolver las objeciones que se presenten de los créditos durante el trámite respectivo... Si bien para esta Superintendencia es claro que el alcance de los conceptos que emita son los señalados en el artículo 25 del C.C.A., es factible que la actuación judicial se aparte de la opinión que con fundamento en él se

expresa... Adicionalmente en reciente fallo proferido por la Corte Constitucional, sentencia C- 1641 de 29 de noviembre del 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero, tal Corporación declaró, en asuntos referidos a la Ley 446 de 1998, sobre descongestión de despachos judiciales, eficiencia y acceso a la justicia, la constitucionalidad de las funciones jurisdiccionales asignadas a las Superintendencias, entre ellas, la de Sociedades, pero condicionó la legalidad de alguna de las normas acusadas, a que el asunto objeto de decisión judicial no haya sido de conocimiento por la autoridad administrativa en ejercicio de las atribuciones de inspección, vigilancia y control conferidas por la ley, teniendo como consideración, al analizar los conceptos de independencia e imparcialidad que: *"..las directrices administrativas de inspección, control y vigilancia dadas por las superintendencias limitan una actividad jurisdiccional posterior de la misma entidad, toda vez que ya hay una posición previa de la entidad en relación con las actividades que ahora tiene que juzgar (...)".* (subrayado es nuestro). Y agrega, en otro de sus apartes, retomando la apreciación de la Corte contenida en sentencia C-141/95, que *"(...) la imparcialidad e independencia hace referencia al órgano institucional objetivamente considerado, mas no a las personas a quienes individualmente se atribuye su función (...)"*... Por los argumentos y consideraciones esgrimidas en la aludida sentencia, no resulta pertinente entrar a dilucidar un asunto, que tiene por objeto calificar la naturaleza de un crédito, cuando éste tiene la vocación de hacerse parte dentro de los procesos o mecanismo antes mencionado, y su contenido puede

ser objetado por cualquiera de las partes, evento en el cual la Entidad será la competente para resolver el conflicto”³⁸.

- b. Igualmente, la Superintendencia se abstuvo de contestar una consulta formulada por un acreedor de una sociedad respecto a las obligaciones cuyo objeto fuera diferente al pago de una suma de dinero [Art. 159 ley 222 de 1995] que en otra dependencia de la misma entidad había presentado un recurso con base en los mismos hechos que fundamentaban su petición de consulta. En esta oportunidad la Superintendencia sostuvo “.... teniendo en cuenta que el Despacho habrá de adoptar la decisión correspondiente dentro del proceso jurisdiccional, no es pertinente emitir concepto sobre la forma como debe reclamar el crédito un acreedor titular de una obligación diferente al pago de suma de dinero, los derechos que el artículo 159 le otorga, como debe estimarse la indemnización compensatoria en la cantidad principal y la de interés mensual y en general cómo debe ser la forma de presentarse el crédito y quien tiene la facultad de aceptar o aprobar el crédito... En efecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, declaró en asuntos referidos a la Ley 446 de 1998, sobre descongestión de despachos judiciales, eficiencia y acceso a la justicia, la constitucionalidad de las funciones jurisdiccionales asignadas a las Superintendencias, entre ellas, la de Sociedades, pero condicionó la legalidad de alguna de las normas acusadas, a que el asunto objeto de decisión judicial

³⁸ Oficio 220-8653 de 2001. Disponible en www.supersociedades.gov.co

no haya sido de conocimiento por la autoridad administrativa en ejercicio de las atribuciones de inspección, vigilancia y control conferidas por la ley, teniendo como consideración, al analizar los conceptos de independencia e imparcialidad que: *"... las directrices administrativas de inspección, control y vigilancia dadas por las superintendencias limitan una actividad jurisdiccional posterior de la misma entidad, toda vez que ya hay una posición previa de la entidad en relación con las actividades que ahora tiene que juzgar (...)"*... Por los argumentos expuestos, este Despacho se abstiene de pronunciarse sobre los puntos objeto de su consulta, ya que de producirse quedaría inhabilitado para decidir la controversia que existe dentro del proceso liquidatorio de PROMOTORA NORCLARHE LTDA., y en las que se presenten en el curso de los procesos de liquidación obligatoria relacionados con este tema, y cuya competencia fue atribuida exclusivamente para actuar como juez del mismo"³⁹ [Cursivas fuera de texto].

Aunque es cuestionable la actitud de la Superintendencia consistente en negarse a contestar un derecho de petición, que como es de todos conocido, tiene el carácter de derecho fundamental, vale la pena llamar la atención sobre el hecho de que la Superintendencia de Sociedades no ha interpretado el fallo de la Corte Constitucional en el sentido de que sus funciones jurisdiccionales son del todo inconstitucionales, puesto que continua ejerciéndolas y en varias oportunidades ha citado las normas de la ley 446 de 1998 que le confieren funciones jurisdiccionales

³⁹ Oficio 220-15214 de abril de 2001. Disponible en www.supersociedades.gov.co

como vigentes, aún después de la publicación de la Sentencia de la Corte Constitucional⁴⁰.

Es difícil llegar a una conclusión en cuanto al alcance del fallo citado, habrán de esperarse fallos posteriores que aclaren las relaciones entre las funciones de inspección y vigilancia de las superintendencias y sus funciones jurisdiccionales.

Finalmente, en este punto es importante mencionar la Sentencia C – 1143 de 2000⁴¹, por la cual la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 146 de la ley 222 de 1995, que faculta a la Superintendencia de Sociedades para actuar como demandante ante los Jueces Civiles en las acciones revocatorias contra los actos del deudor en proceso concursal, en la cual la Corte sostuvo “... forzoso es concluir que, además de desarrollar las funciones jurisdiccionales con base en las cuales tramita los concordatos, la superintendencia puede ejercer, respecto de la empresa deudora, los actos inherentes a sus funciones de inspección, vigilancia y control, siempre y cuando con ello no lesione los derechos constitucionales de los sujetos que interviene en tal proceso, ya que ambos tipos de atribuciones legales apuntan hacia el mismo objeto – la protección de la empresa y de los valores que dependen de ella -, y se derivan conjuntamente de los artículos 333 y 334 de la carta... Visto lo anterior, se puede dar respuesta al problema jurídico planteado por

⁴⁰ Entre estos podemos citar el oficio 220-12040 de abril de 2001. Disponible en www.supersociedades.gov.co

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C – 1143 de agosto 30 de 2000. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

el actor, afirmando que, lejos de ser violatoria de la imparcialidad o independencia de la Superintendencia de Sociedades, la legitimación que le otorga la disposición acusada para ejercer la acción revocatoria concursal se integra armónicamente en su catálogo legal de atribuciones, y constituye una herramienta idónea para el logro de los fines del concordato... En este sentido, no le asiste razón al demandante cuando considera que la independencia e imparcialidad de la superintendencia resultan lesionadas por ser esta juez y parte en el mismo proceso, ya que el escenario en el cual la acción revocatoria se habrá de resolver escapa a su órbita de competencia, y en todo caso, la interposición de dicha acción no la realiza en su calidad de juez del concordato, sino como ente de inspección, vigilancia y control”.

A la luz del fallo mencionado es imperativo concluir que las funciones de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades no son excluyentes con sus funciones jurisdiccionales. En este mismo sentido se puede interpretar la sentencia de la Corte Constitucional C – 649 de junio de 2001, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett, en la cual la Corte consideró que la Superintendencia de Industria y Comercio ejercía funciones administrativas y jurisdiccionales en materia de competencia desleal, sin señalar en ningún momento que las mismas eran incompatibles.

3.3. La desjudicialización y el derecho comercial

Cuando la función jurisdiccional se desplaza hacia la Rama Ejecutiva del poder nos encontramos ante un evento de desjudicialización, que según Rafael H. Gamboa implica "... una de dos cosas, o ambas: i) Quitarle al juez funciones que no son jurisdiccionales propiamente dichas. ii) Trasladarle a otros funcionarios, funciones que sí son jurisdiccionales."⁴²

Afirma Hernán Fabio López: "Dentro de una moderna concepción de lo que deben ser las funciones del Estado si bien es cierto preponderantemente la función pública de administrar justicia corresponde a la rama jurisdiccional, no puede tampoco exigirse la exclusividad en ésta por cuanto también la ejecutiva y la legislativa en ocasiones la desempeñan,... como ocurre con infinidad de trámites de la administración de contenido puramente jurisdiccional, tal como lo son muchos aspectos del Concordato y del Estatuto Tributario, pues debe tenerse que la separación absoluta no existe en nuestro medio,..."⁴³.

En el derecho tributario se presenta un claro ejemplo de ejercicio de función jurisdiccional por autoridades administrativas, nos referimos al proceso de jurisdicción coactiva para el cobro de impuestos y condenas impuestas en los

⁴² GAMBOA SERRANO, Rafael H. Los procesos concursales nueva reglamentación, en Revista Universitas, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, No. 89, diciembre 1995, p. 254.

⁴³ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Op. cit., p. 93 a 94.

juicios de responsabilidad fiscal⁴⁴. El poder de jurisdicción coactiva también es ejercido por la Superintendencia de Sociedades para el cobro de multas y de las contribuciones a cargo de las sociedades vigiladas y controladas (Núm. 5 Art. 86 y art. 88 Ley 222 de 1995).

En el ámbito del derecho comercial, el artículo constitucional citado ha sido desarrollado por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero [Decreto 663 de 1993] que le otorga a la Superintendencia Bancaria competencia para adelantar la toma de posesión y la liquidación forzosa administrativa de las entidades sometidas a su vigilancia, entre otras funciones jurisdiccionales, la ley 222 de 1995 que le otorga a la Superintendencia de Sociedades competencia para conocer del concordato y la liquidación obligatoria de sociedades, por la ley 446 de 1998 [Modificada por la ley 510 de 1999] que le atribuye a las superintendencias de Sociedades, de Valores⁴⁵ y de Industria y Comercio⁴⁶

⁴⁴ Sobre la naturaleza jurisdiccional del trámite de jurisdicción coactiva adelantado por la Contraloría General de la República puede consultarse: FLOREZ RAMIREZ, Alfredo Enrique. El proceso fiscal financiero de jurisdicción coactiva, en Revista Universitas, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, No. 95, diciembre 1998, p. 250 a 253.

⁴⁵ La función jurisdiccional conferida por la ley 446 de 1998 a la Superintendencia de Valores consiste en la facultad de proteger a los accionistas minoritarios, lo que sin duda constituye un importante mecanismo de defensa para los inversionistas del mercado público de valores. Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que la ley no consagró las medidas que puede adoptar la Superintendencia para proteger los accionistas minoritarios, y por el contrario, la facultó para adoptar las medidas, cualesquiera que sean, que tiendan a evitar la violación de los derechos y el restablecimiento del equilibrio e igualdad de trato entre las relaciones de los accionistas, lo cual atenta contra el principio de legalidad consagrado en los arts. 6 y 122 de la Constitución Política de 1991, y con el principio sentado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-212 de 1994 conforme al cual una función jurisdiccional indefinida choca abiertamente con la precisión exigida por el artículo 116 de la Constitución Política. Sobre el alcance de estas funciones señala Rafael Acosta: "... el alcance de las facultades que estarían otorgándose a la Superintendencia de Valores resulta excesivamente amplio. La ley establece que la Superintendencia podría adoptar las medidas que en general tiendan a evitar la violación de derechos y el restablecimiento del equilibrio y el principio de igualdad de trato en las relaciones entre accionistas". Nuevas funciones de la Superintendencia de Valores, en *Reformas de los procedimientos civil y contencioso administrativo – Ley 446 de 1998*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1999, p. 42.

variadas funciones jurisdiccionales, y por la ley 550 de 1999 que le otorga amplias funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades dentro del trámite de los “acuerdos de reestructuración”. De la ley 446 de 1998, el profesor Hernán Fabio López manifiesta: “... regulación con la cual queda definitivamente desterrada la idea de que la función de administrar justicia era exclusiva de la rama jurisdiccional,... en las nuevas hipótesis contempladas en la ley dichas entidades administrativas deciden de manera idéntica a como lo hacen los jueces.”⁴⁷.

La desjudicialización constituye un mecanismo idóneo para la protección y restablecimiento de los derechos previstos en la legislación mercantil, finalidad

⁴⁶ El Profesor Ricardo Metke ha realizado un detallado estudio sobre las características y naturaleza de las funciones atribuidas a la Superintendencia de Industria y Comercio por la ley 446 de 1998. Este autor señala que varias de ellas, entre ellas las relacionadas con competencia desleal, no tienen carácter jurisdiccional sino administrativo. Al respecto ver: METKE, Ricardo. Las Funciones atribuidas a la Superintendencia de Industria y Comercio en la ley 446 de 1998, en *Reformas de los procedimientos civil y contencioso administrativo – Ley 446 de 1998*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1999, p. 275 y siguientes. Sin embargo, la Corte Constitucional, en la sentencia C – 649 de junio de 2001, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett, consideró que las normas de la ley 446 conferían tanto funciones jurisdiccionales como funciones administrativas en materia de competencia desleal a la Superintendencia de Industria y Comercio. En el fallo señaló “En ese sentido, hay que tener en cuenta que el varias veces citado artículo 147 de la Ley 446/98 habla de competencia a prevención entre los jueces y la Superintendencia; esto quiere decir que ambos funcionarios son competentes para ejercer el mismo tipo de función respecto de los actos de competencia desleal. Teniendo en cuenta que la materia ya se encontraba regulada con anterioridad por la Ley 256/96, y que en virtud de ésta los jueces ya venían ejerciendo función jurisdiccional sobre estos actos, es viable concluir que fue voluntad del legislador el que la Superintendencia conociera, ejerciendo función jurisdiccional, de los mismos asuntos de los que ya venían conociendo los jueces de la República. Esta es la interpretación que mejor se acopla al mandato constitucional reseñado, por las razones adicionales que se explican a continuación... Es procedente concluir entonces lo siguiente: la interpretación que mejor respeta el principio constitucional de igualdad, así como lo dispuesto en el artículo 116 Superior, es aquella según la cual, en las normas se atribuyen funciones de tipo administrativo y de tipo jurisdiccional; y que éstas últimas, serán forzosamente las mismas que desarrollan los jueces de la República en virtud de lo dispuesto en la Ley 256 de 1996... Por lo anterior, es pertinente efectuar una precisión: aquellas pretensiones que los jueces de la República estudian a través de las acciones previstas legalmente para combatir y prevenir los actos de competencia desleal, pueden igualmente plantearse ante la Superintendencia, cuando ésta haga uso de algunas de las facultades que se le confieren en virtud del artículo 143 de la Ley 446/98, acusado”.

⁴⁷ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Ley 446 de 1998 y el Código de Procedimiento Civil, Bogotá, Dupré Editores, 1998, p. 199.

que se hace manifiesta en disposiciones como las contenidas en la ley 446 de 1998. En la exposición de motivos de esta última se expresa: “En la parte IV. Del acceso y la eficiencia en materia comercial y financiera. El proyecto desjudicializa funciones y las radica en cabeza de autoridades administrativas que por su carácter técnico son idóneas para resolver algunas contenciones, de tal suerte, que las labores de dichas entidades, que frecuentemente se veían entrabadas por la necesidad de pronunciamientos judiciales para su desarrollo, ahora son resueltas por ellas mismas”⁴⁸.

La atribución de funciones jurisdiccionales a las mencionadas superintendencias en el campo del derecho comercial constituye sin duda un avance serio⁴⁹ que da nuestro ordenamiento jurídico hacia el establecimiento de una jurisdicción especializada en los asuntos de comercio⁵⁰, que no adolezca de los vicios propios de la jurisdicción civil, que sea especial, profesional y eficiente. Las superintendencias son entes con experiencia en el campo, profesionales y eficientes, lo cual las legitima para ser los jueces del derecho mercantil⁵¹. El

⁴⁸ Gaceta del Congreso, año V, No. 621, 24 de diciembre de 1996, p. 24, proyecto de Ley No. 234 de 1996.

⁴⁹ El Decreto 2273 de 1989 creó los Juzgados Civiles del circuito especializados, a estos despachos correspondía resolver asuntos propios del derecho mercantil, pero los juzgados allí previstos (23) sólo fueron efectivamente puestos en funcionamiento en algunos circuitos judiciales, por lo cual consideramos que no constituyó en modo alguno la jurisdicción mercantil que se necesita en el país.

⁵⁰ En este punto conviene citar al Profesor Hernán Fabio López, quien al referirse a las funciones jurisdiccionales de la superintendencia Bancaria, declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, sostuvo “Como primer paso para lograr que el conocimiento de asuntos especializados del derecho mercantil y financiero, por lo que puede ser el germen de la jurisdicción del comercio, se permite de una manera tímida y con demasiados condicionamientos, pues se exige pacto expreso al respecto y solo por cuantías bajas, hasta 50 salarios mínimos mensuales, que la Superintendencia Bancaria conozca y resuelva ciertos asuntos relacionados con “la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asumen en el desarrollo de su objeto social”, en los campos propios de las actividades financieras en general, aseguradora, previsional y capitalizadora”. LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Op. cit., p. 201.

⁵¹ Nestor Humberto Martínez al referirse a las funciones jurisdiccionales ejercidas por las autoridades de supervisión y control de los sistemas financieros expresa: “En una bien entendida concepción del Estado, la

quebranto del modelo de la separación de poderes que se presenta al atribuirle los poderes propios de un juez a una entidad perteneciente a la rama ejecutiva del poder público se justifica por ser la forma más adecuada y correcta de dar cumplimiento a la obligación del Estado de garantizar el acceso de toda persona a la administración de justicia [Art. 229 Constitución Política de Colombia]⁵².

Es así como para justificar la atribución de funciones jurisdiccionales a las entidades administrativas de intervención en el sector financiero, como la Superintendencia Bancaria, Martínez Neira señala que “Es innegable que en la mayoría de los casos una decisión sobre asuntos financieros implica algún grado de especialización en materia bancaria o cuando menos el apoyo de actuarios o expertos en matemáticas financieras, por lo cual los entes rectores de la banca son las autoridades más calificadas para resolver estos litigios. En todo caso lo harán con mayor propiedad que los jueces, por su nivel de especialización.”⁵³.

separación funcional de las ramas del poder público no impide que ellas se colaboren armónicamente entre sí y puedan contribuir a la realización de los fines del Estado. Por ello en la organización política del Estado contemporáneo no resulta exótico apreciar al poder ejecutivo cumpliendo ocasionalmente labores legislativas o a la rama ejecutiva del poder público ejerciendo atribuciones jurisdiccionales... En el caso de la justicia algunos órganos del ejecutivo pueden prestar su concurso a la sociedad para contribuir a resolver contenciones o conflictos de derechos entre particulares, con mayor sentido de oportunidad y de especialización de su fallo, contribuyendo de esta manera solucionar la endémica congestión de los tribunales”, *Sistemas financieros, Derecho financiero comparado*, Bogotá, Biblioteca Felaban (Federación Latinoamericana de Bancos), 1994. p. 165.

⁵² Sobre la separación de poderes y la atribución de funciones jurisdiccionales a las superintendencias, debe consultarse a Jaime Vidal Perdomo, *La constitucionalidad de las funciones jurisdiccionales de las superintendencias*, en *Reformas de los procedimientos civil y contencioso administrativo – Ley 446 de 1998*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1999, p. 235 y siguientes.

Un aspecto importante que se debe tener en cuenta para valorar la conveniencia de la atribución de funciones jurisdiccionales a las superintendencias, es el impacto que la administración de justicia puede tener en la productividad y competitividad del país.

Mauricio Rubio, reconocido investigador económico, señala al estudiar las relaciones entre las normas, la justicia y la economía en Colombia que "... la inversión es sensible a factores "no económicos" y, aún más, que estos pueden tener un mayor poder explicativo sobre las variaciones en la inversión que variables económicas tradicionales como la utilización de capacidad, los indicadores de apertura o el índice de profundización financiera... Como ya se mencionó, al efecto directo que puede tener la inflación jurídica, o la discrecionalidad y vigencia de las normas sobre la estructura productiva de una sociedad se debe adicionar otro impacto que se da de una manera indirecta, a través del deterioro en la prestación de los servicios de justicia... Por un lado, en el ámbito civil, un mal desempeño de la administración de justicia implica un agotamiento de los canales "formales" de resolución de conflictos y una instancia adicional de incertidumbre. Es razonable esperar que ambos factores tengan un impacto negativo sobre las decisiones de producción e inversión"⁵⁴ [Subrayado nuestro]. Conforme a las anteriores reflexiones, una administración de justicia

⁵³ MARTÍNEZ NEIRA, Nestor Humberto. Op. cit., p. 167.

⁵⁴ RUBIO, Mauricio. Normas, Justicia y Economía en Colombia, Septiembre 1995, Documento CEDE 95-07, p. 23 a 26.

ineficiente, como la que actualmente existe en Colombia en cabeza de nuestros jueces civiles⁵⁵, puede constituirse en un obstáculo a la productividad y competitividad del país, puesto que un país con un deficiente sistema de administración de justicia no será atractivo para los inversionistas de capital del exterior a la vez que impide el adecuado desarrollo del comercio que requiere de una cumplida aplicación de las normas que lo regulan, esto es, del derecho comercial.

Por lo tanto, al atribuirle a una entidad eficiente como la Superintendencia de Sociedades la posibilidad de administrar justicia en materia de derecho comercial, de manera eficiente y con la autoridad que le da su amplia experiencia, es de esperar que en alguna medida se beneficie la competitividad y productividad de nuestro país. Este motivo a nuestro juicio sirve de justificación para la atribución de funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades.

Como corolario de las anteriores reflexiones, debemos reconocer que cuando la jurisdicción ordinaria alcance niveles de eficiencia adecuados, y los funcionarios judiciales tengan calidades idóneas para decidir con autoridad en materia de derecho comercial, no habrá razón que justifique la atribución de funciones

⁵⁵ Mauricio Rubio igualmente sostiene que “El análisis de la evolución de la justicia civil parece mostrar un sistema que desde hace varias décadas viene operando en sus “niveles máximos de incompetencia” y que, ajeno a los cambios demográficos o económicos de la sociedad colombiana, ajusta su actividad a unos niveles tolerantes de congestión definidos internamente. De todas maneras, la congestión de “equilibrio” parece estar cada vez más rezagada con relación a las necesidades de resolución de conflictos entre los colombianos”. Ibid., p. 55.

jurisdiccionales a las superintendencias en esta materia, puesto que desaparecerían así las razones o motivos que justifican su atribución.

3.4. La desjudicialización en materia comercial en el derecho comparado

La atribución de funciones jurisdiccionales a entes administrativos no es exclusiva del derecho colombiano, el profesor Jorge Vélez García, en su excelente ensayo de derecho público comparado, señala que en Inglaterra se han asignado gran número y diversidad de funciones judiciales a entidades administrativas, tanto del gobierno central como de las administraciones locales⁵⁶.

El mismo Vélez García sostiene que en los Estados Unidos de América, a pesar de la aparente exclusividad en el ejercicio del poder jurisdiccional por los jueces y magistrados [Constitución de los Estados Unidos de América, Artículo III sección 1 y sección 2, está última afectada por la Enmienda XI], son varias las entidades administrativas [Agencies] que ejercen poder de juzgamiento en disputas entre particulares así como en disputas en que la administración es parte, razón por la cual afirma que en el mencionado Estado "... se estima erróneo considerar que

⁵⁶ Este autor describe con amplitud la existencia de Tribunales Administrativos en campos como el transporte, la salud pública, el comercio, planeamiento urbano, educación, seguros sociales, etc. A estas funciones la doctrina anglosajona las denomina *cuasi-judiciales*, y su existencia se debe, según, Vélez García, al profundo respeto que la sociedad británica profesa al poder judicial, razón por la cual los procedimientos usados por las cortes son imitados y usados por la administración para el cumplimiento de sus funciones. Vélez García Jorge. *Los dos sistemas del derecho administrativo*, Institución Universitaria Sergio Arboleda, Segunda edición, Serie Major – 2, Santafé de Bogotá, Colombia, 1996, p. 113 a 160. Esta obra constituye esencial

sólo las cortes puedan cumplir la función jurisdiccional” no sin antes dejar claro que *“La Corte Suprema de los Estados Unidos ha ratificado repetidas veces la competencia juzgadora de las agencias, bien con la tesis de que el Congreso puede conferírsele a entes distintos de las Cortes de ley previstas por el artículo III de la Constitución con tal de que se preserve el poder de revisión por las Cortes ordinarias, bien con el argumento de que la agencia es o se asimila a la especie de “Tribunal inferior” prevista por el mismo artículo”*⁵⁷, el mismo autor sostiene que estas autoridades no pueden ejercer su poder de juzgamiento en asuntos que por su naturaleza exigen del juicio con Jurado [Jury trial].

Por su parte, el Profesor Mexicano Arturo Díaz Bravo ha señalado que la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas Mexicana, órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, ejerce una función jurisdiccional consistente en “... intentar el avenimiento entre aseguradores y asegurados, como indispensable requisito previo a la instauración, por parte de estos últimos, del juicio ante los tribunales ordinarios”⁵⁸, aunque cuestiona su constitucionalidad, opina que estas funciones son laudables, provechosas e incluso recomendables atendiendo a la especialización, experiencia y pleno conocimiento que de los asuntos del sector asegurador tiene el mencionado órgano.

referencia para quien desee documentarse sobre el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades administrativas en el derecho angloamericano, razón por la cual su lectura es recomendable.

⁵⁷ VÉLEZ GARCÍA, Jorge. Op. cit., p. 233 y 208, respectivamente. Entre las autoridades administrativas que ejercen funciones jurisdiccionales Vélez García señala a la Federal Communications Commission y la Federal Trade Commission.

⁵⁸ DIAZ BRAVO, Arturo. La Función Jurisdiccional de la Comisión Nacional de seguros y fianzas mexicana, en Revista Ibero - Latinoamericana de Seguros, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Vol. I, Núm. 1, Bogotá, Editorial Temis, mayo de 1992, p. 191.

Este “fenómeno” jurídico tampoco es nuevo, pues con base en el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de autoridades administrativas se constituyó el Consejo de Estado francés hacia el año de 1799, génesis del derecho administrativo del sistema continental europeo⁵⁹.

Finalmente, resulta pertinente exponer un mecanismo “no - judicial” de resolución de controversias en materia de derecho societario por parte de una entidad administrativa en los Estados Unidos. Es así, como la Federal Securities and Exchange Commission [SEC], agencia encargada de administrar y exigir el cumplimiento de las leyes federales sobre valores, en cierta forma semejante a la Superintendencia Nacional de Valores de Colombia, ha adoptado un interesante mecanismo de resolución de conflictos societarios fuera de las Cortes federales, jueces naturales de los asuntos relacionados con las leyes federales sobre valores [Securities], el cual ha sido estudiado por los profesores Francisco Reyes Villamizar y Alan Palmiter, quienes señalan que la SEC “...ha ofrecido por mucho tiempo un procedimiento optativo para los participantes corporativos consistente en pedir opiniones administrativas --expresadas en las denominadas cartas de no - acción [no-action letters] - en materias que se regulan bajo las leyes federales de valores. Una carta de no - acción declara la posición del altamente respetado

⁵⁹ En efecto, como es de todos conocido, el Consejo de Estado francés fue durante mucho tiempo una autoridad administrativa que ejercía funciones jurisdiccionales, al respecto puede consultarse: SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Op. cit., p. 256.

personal de la agencia respecto a si la agencia tomará acción [v.g. iniciar investigaciones] bajo las circunstancias descritas por la parte que somete la solicitud de no - acción. La posición de la agencia no es obligatoria en las cortes o para otras partes, pero proporciona una certeza importante dada por la agencia encargada de administrar y de exigir el cumplimiento de las leyes federales sobre valores. Compañías que ofrecen valores en mercados no - públicos, ejecutivos que venden sus valores en los mercados públicos, y compañías que buscan excluir propuestas de accionistas del envío anual de poderes de la compañía que se realiza por correo a los accionistas han sido los usuarios principales del procedimiento de no – acción de la SEC⁶⁰.

En este procedimiento, la persona interesada en realizar una transacción con valores presenta ante esta agencia su caso, no finalizado o consumado, y que no debe ser hipotético, solicitando al personal de la SEC que manifieste si la agencia ejercería alguna acción contra las partes en caso de realizar tal transacción [v.g. investigación administrativa]. Una respuesta positiva consistirá en que el personal de la SEC afirme que no recomendará a la Comisión que se ejerza acción contra las partes si la transacción planteada es llevada a cabo. Una respuesta negativa consiste en que el personal señale que no es capaz de asegurar que no recomendará a la Comisión tomar acción contra las partes si el solicitante procede con la transacción propuesta. La respuesta es conocida como carta de no – acción

⁶⁰ REYES VILLAMIZAR, Francisco y PALMITER, Alan R., “Non-judicial corporate dispute resolution in the United States” [Resolución no – judicial de conflictos societarios en los Estados Unidos], artículo en inglés sin publicar, p. 3. Paréntesis fuera de texto. La traducción es propia.

[no - action letter]. La respuesta del personal no es obligatoria para las Cortes, y no es susceptible de ser demandada ante las mismas, pero la respuesta negativa del personal de la SEC es apelable ante la Comisión, caso en cual la decisión puede ser demandada ante las cortes⁶¹.

Las razones que explican el éxito que ha tenido el mecanismo son las siguientes, según los profesores Reyes y Palmiter:

- “(1) El público puede obtener opiniones expertas del personal de la agencia en actividades relacionadas con los valores cuya validez puede ser incierta.
- (2) El procedimiento de no - acción es puntual y relativamente barato.
- (3) Las Interpretaciones del personal, que han sido notablemente consistentes en el tiempo, promueven su cumplimiento voluntario.
- (4) La SEC tiene flexibilidad para expresar sus opiniones interpretativas, políticas y cumplimiento de las normas, sin la necesidad de investigaciones formales de la agencia formal o de la creación de reglas de derecho.
- (5) La SEC puede llenar los vacíos de reglas complejas - y crear un derecho consuetudinario administrativo [administrative common law] – como ha hecho en áreas tales como en las distribuciones secundarias que no son emisiones.
- (6) La SEC puede actuar en materias polémicas, tomando posiciones aunque exista discrepancias dentro de la agencia sobre las bases precisas para la posición o mediante la emisión de opiniones públicas tentativas de la agencia.

⁶¹ Información tomada de REYES VILLAMIZAR y PALMITER, Ibid., p. 10 a 14.

(7) La SEC puede revisar sus opiniones, sin acudir a los procedimientos formales sobre la creación de reglas de derecho, ante circunstancias cambiantes.

Las cartas de no - acción hacen parte de la jurisprudencia de los estatutos y leyes federales sobre valores. Ellas son citadas por los abogados cuando asesoran a sus clientes, por la agencia cuando da concejos o adopta nuevas reglas de derecho, y por las cortes cuando interpretan las leyes federales sobre valores⁶².

3.5. Control de los actos jurisdiccionales de las superintendencias, recursos y acciones procedentes contra los mismos

Empecemos por decir que no le compete a la jurisdicción ordinaria revisar los actos jurisdiccionales de las superintendencias por no ser segunda instancia de estas autoridades⁶³, puesto que las superintendencias no forman parte de la estructura jerárquica del poder judicial colombiano, ni se prevé tal posibilidad en

⁶² Ibid. p. 9. . Paréntesis fuera de texto. La traducción es propia.

⁶³ El profesor Darío Laguado sostiene que los actos jurisdiccionales de las superintendencias son inatacables ante la jurisdicción civil, *Comentarios a la conferencia del doctor Reyes sobre las nuevas funciones de la Superintendencia de Sociedades*, en *Reformas de los procedimientos civil y contencioso administrativo – Ley 446 de 1998*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1999, p. 66. En este mismo sentido se expresa el Profesor Hernán Fabio López, Ley 446 de 1998 y el Código de Procedimiento Civil, Op. cit., p. 200.

las normas de procedimiento civil⁶⁴; esta afirmación se ratifica con lo señalado en el inciso tercero del artículo 148 de la ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la ley 510 de 1999 que dispone claramente, al referirse a las funciones jurisdiccionales contempladas en la misma ley: “Los actos que dicten las Superintendencias en uso de sus facultades jurisdiccionales no tendrán recurso alguno ante las autoridades judiciales. Sin embargo, la decisión por la cual las entidades se declaren incompetentes y la del fallo definitivo, serán apelables ante las mismas”.

Consideramos conveniente que las decisiones de naturaleza jurisdiccional proferidas por las superintendencias, y en especial las proferidas por la Superintendencia de Sociedades, no estén sometidas al control de la jurisdicción ordinaria, por cuanto esto contribuye a la celeridad y economía en los procedimientos adelantados por tales entidades administrativas, finalidad que justifica su consagración. Si se admitiera la posibilidad de interponer tales recursos contra estas providencias, toda la celeridad que debe caracterizar los procedimientos adelantados ante las superintendencias desaparecería ante la morosidad y lentitud de la jurisdicción ordinaria civil para resolver los recursos.

Estudios del Consejo Superior de la Judicatura sobre la eficiencia de la Jurisdicción Civil revelan que “La ley establece 297 días hábiles para el trámite de

⁶⁴ La Ley 585 de 2000 que por su artículo 1º subrogó el 11 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, no incluye entre los organismos pertenecientes a la Rama Judicial del Poder Público a las Superintendencias o autoridades administrativas cuando cumplen funciones jurisdiccionales.

un proceso de civil ordinario de mayor cuantía, a pesar de ello, el proceso objeto de estudio demoró 1.448 días calendario, 3.5 veces el tiempo normativo [297 días calendario equivalen a 409.8 días calendario] lo que indica desfases entre lo que define la norma frente a lo que se ejecuta⁶⁵ y estudios de la Corporación Excelencia en la Justicia CEJ indican que “... un juicio ejecutivo en nuestro país se demora alrededor de tres años, cuando en el Código de Procedimiento Civil se establece que no deben tardar más de un año”⁶⁶, estos datos son un ejemplo de la ineficiencia de esta jurisdicción. A ello se debe sumar el hecho de que los funcionarios de la Jurisdicción Civil, en nuestra opinión, carecen de la formación académica suficiente para decidir con la autoridad con la que lo hace la Superintendencia de Sociedades sobre asuntos relacionadas con el derecho societario⁶⁷, con la obvia excepción de los Magistrados de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, y de aquellos jueces y magistrados que cuentan con la debida capacitación académica.

Para evitar los posibles abusos en que puedan incurrir las autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales existen los siguientes recursos y acciones:

3.5.1. Recurso de reposición

⁶⁵ Indicadores de la Justicia, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa. Imprenta Nacional, Santafé de Bogotá, agosto de 1998, p. 155.

⁶⁶ Justicia no es competitiva. En: El Tiempo, Bogotá, Viernes 15 de septiembre de 2000, p. 1 – 16.

Para determinar la procedencia de este recurso es necesario darle aplicación de las normas del Código de Procedimiento Civil en lo relativo a los medios de impugnación de las providencias judiciales.

De conformidad con el artículo 348 del C. de P. C. el recurso de reposición procede contra todos los autos, sean interlocutorios o de sustanciación, con excepción de aquellos contra los cuales la ley señale expresamente la improcedencia de este recurso, como por ejemplo los señalados en los artículos 29, 179, 309 y 348 del mismo Código. Por su parte, el artículo 309 prohíbe la interposición de este recurso contra las sentencias.

De lo anteriormente expuesto se debe concluir que los autos dictados por las superintendencias en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, sean de sustanciación o trámite son susceptibles de ser recurridos por la vía del recurso de reposición, el cual debe ser interpuesto ante el mismo funcionario que profirió la decisión para que proceda a aclararla, revocarla o modificarla. No procederá este recurso contra los autos expresamente señalados en la ley [Código de Procedimiento Civil] y de aquellos autos que teniendo tal denominación decidan de fondo sobre las pretensiones o el objeto del litigio, pues estos autos tienen la misma naturaleza jurídica de una sentencia y por lo tanto contra ellos resulta improcedente el recurso de reposición [Artículos 302 y 309 del C. de P. C.].

⁶⁷ Solamente el 8.02% de los funcionarios y empleados judiciales del país tiene educación de posgrado.

A priori podría pensarse que por tratarse de actuaciones adelantadas por autoridades administrativas resultaría procedente el recurso de reposición contra las decisiones definitivas, dando aplicación a las normas referentes a la vía gubernativa consagradas en el Código Contencioso Administrativo. Pero un análisis detenido nos lleva a concluir lo contrario.

Consideramos que las normas del Código Contencioso Administrativo relativas a la vía gubernativa resultan inaplicables a las actuaciones jurisdiccionales adelantadas por las superintendencias o cualquier otra autoridad administrativa; tal afirmación se fundamenta en el tenor del primer inciso del art. 50 del C.C.A. que perentoriamente señala que los recursos en él previstos proceden contra los actos administrativos que pongan fin a actuaciones administrativas, por lo cual las normas de la vía gubernativa sólo son aplicables al ejercicio de funciones administrativas y no al de funciones jurisdiccionales, porque estas últimas no culminan en la expedición de actos administrativos sino en la de providencias que en la medida de lo posible resuelven de fondo sobre un conflicto sometido a la competencia de la autoridad jurisdiccional, actos que en ninguna forma revisten la naturaleza de actos administrativos. Por lo tanto, no se podrá negar el recurso de reposición contra los autos de sustanciación o trámite invocando el artículo 49 del C. C. A.

Lo natural es aplicar el Código de Procedimiento Civil a las actuaciones jurisdiccionales de las superintendencias, porque este es el Código que deben aplicar las autoridades judiciales salvo que cuenten con un estatuto especial de aplicación preferente.

Reconocemos que estas reflexiones pueden ser de difícil aceptación y aplicación por parte de la Superintendencia de Sociedades, particularmente en tratándose de aquellas funciones jurisdiccionales que han sido calificadas por la ley 222 de 1995 como administrativas, puesto que la entidad optará por aplicar a estos trámites las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, atendiendo más a la forma que al fondo o naturaleza de la función.

En este punto conviene mencionar que no es procedente la interposición del derecho de petición respecto de las funciones jurisdiccionales adelantadas por la Superintendencia de Sociedades. Así, la mencionada entidad reiteradamente ha sostenido que "... la procedencia del derecho de petición dentro de los trámites jurisdiccionales que con carácter excepcional cumple, ha dejado siempre en claro que tal derecho no se aplica a este tipo de procesos..."⁶⁸, esta posición corresponde a lo dispuesto en el art. 1 del Código Contencioso Administrativo, que consagra que sus normas sobre el trámite del derecho de petición se aplicaran a las entidades públicas **cuando cumplan funciones administrativas**, por lo cual

⁶⁸ Auto 410 – 6560 de mayo 26 de 1999, en Doctrinas y Conceptos Jurídicos, 2000, p. 494.

no resultan aplicables cuando la entidad administrativa ejerce funciones jurisdiccionales.

3.5.2. Recurso de apelación

El segundo inciso del numeral segundo del art. 50 del Código Contencioso Administrativo dispone que contra los actos administrativos dictados por un superintendente no procede el recurso de apelación, esto debido a que estos no cuentan con un superior jerárquico funcional con competencia para decidir sobre sus actos⁶⁹.

Además, debido a la manera como se organiza el funcionamiento de las superintendencias, los funcionarios de las mismas [Superintendentes delegados, Jefes de Grupo, Coordinadores, abogados, etc.] actúan como delegados del superintendente respectivo, razón por la cual sus actos tampoco son susceptibles del recurso de apelación⁷⁰.

⁶⁹ En efecto, el Ministro encargado del despacho al que se encuentra adscrita la superintendencia respectiva sólo es un superior político del superintendente, mas no funcional pues en ningún momento puede resolver por la vía del recurso de apelación sobre las decisiones del superintendente, quien goza de autonomía para la adopción de las decisiones que le corresponden.

⁷⁰ Esto de conformidad con el primer inciso del artículo 12 de la ley 489 de 1998 el cual dispone que los actos del delegatario sólo son susceptibles de los recursos procedentes contra los actos del delegante, por lo tanto, las determinaciones adoptadas por los superintendentes delegados y demás funcionarios de las superintendencias en virtud de delegación no son susceptibles del recurso de apelación. Además, de conformidad con el numeral 7º del artículo 4 del Decreto 1080 de 1996, al Superintendente de Sociedades corresponde nombrar y remover a los funcionarios de la entidad, con excepción de los Superintendentes Delegados [Existen en la Superintendencia 2 Superintendentes delegados, a saber: Superintendente Delegado para la Inspección Vigilancia y Control, y Superintendente Delegado para los Procedimientos Mercantiles]

Tratándose de la Superintendencia de Sociedades, en repetidas ocasiones la entidad ha manifestado la improcedencia del recurso de apelación, argumentando, además de lo expuesto, que “... la estructura interna de la Superintendencia es horizontal y el Superintendente Delegado recibe las facultades por expresa delegación realizada por el Superintendente de Sociedades..., razones por las cuales no existe en este caso la posibilidad de interponer recurso de apelación”⁷¹.

Estas consideraciones llevarían a concluir que no resultaría admisible la interposición del recurso de apelación contra los actos jurisdiccionales de las Superintendencias, y especialmente los de la Superintendencia de Sociedades.

El artículo 148 de la ley 446 de 1998 nada decía sobre este particular. Sin embargo, el inciso tercero del artículo 52 de la ley 510 de 1999 modificó dicha disposición y consagró lo siguiente:

“Los actos que dicten las Superintendencias en uso de sus facultades jurisdiccionales no tendrán recurso alguno ante las autoridades judiciales. Sin embargo, la decisión por la cual las entidades se declaren incompetentes y la del fallo definitivo, serán apelables ante las mismas”⁷².

cuya designación corresponde al Presidente de la República, razón por la cual la Superintendencia de Sociedades considera que entre estos funcionarios no existe una relación jerárquica.

⁷¹ Superintendencia de Sociedades, Resolución 340-335 del 16 de marzo de 1998.

Sobre esta disposición surge un primer interrogante ¿El recurso de apelación allí mencionado se interpone ante las autoridades judiciales o ante las mismas superintendencias?

Al respecto pueden formularse las siguientes posiciones:

- a. *El recurso debe interponerse ante la misma superintendencia:* Esta posición se basa en el claro tenor del artículo que señala que cuando las entidades, esto es, las superintendencias, se declaren incompetentes o fallen de manera definitiva en ejercicio de las funciones conferidas por la ley 446 de 1998, procederá el recurso de apelación ante las mismas, lo cual obviamente significa que el recurso debe interponerse ante la misma superintendencia. De aceptarse lo contrario existiría una incongruencia con la primera parte de la disposición que señala que los actos jurisdiccionales de las superintendencias no tienen recursos ante las autoridades judiciales.

En este punto conviene mencionar que cuando el Superintendente de Industria y Comercio por resolución No. 4954 del 13 de marzo de 2000 falló, en ejercicio de funciones jurisdiccionales conferidas por la ley 446 de 1998, un caso de competencia desleal adelantado por TELECOM, ETB y ORBITEL contra COMCEL S.A., providencia contra la cual se negó el recurso de apelación alegando que el Superintendente de Industria y Comercio no tenía superior

⁷² El claro tenor de esta disposición permite concluir la improcedencia de los recursos extraordinarios de

jerárquico. Interpuesto un recurso de queja ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, este fue resuelto por el mismo alegando su falta de competencia en una providencia en la cual omitió deliberadamente determinar a que autoridad se refería la disposición comentada, limitándose a señalar que no era competente, invocando para ello el fallo de la Corte Constitucional en el cual declaró exequible la norma, sin dar ningún argumento de fondo⁷³.

- b. El recurso debe interponerse ante las autoridades judiciales: Esta posición, francamente contradictoria con el tenor literal e inequívoco del artículo comentado, fue acogida por un Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que con los siguientes argumentos sostuvo que el tribunal era competente para decidir la apelación: "... al efecto que tratándose del ejercicio de una competencia jurisdiccional; atribuida de manera excepcional a una autoridad administrativa; la que por demás se asignó a prevención, como quiera que los Jueces Civiles del Circuito conservan la competencia para conocer de la misma materia; la decisión que resuelve sobre la conducta, como ocurre en el sub lite, es susceptible del recurso de apelación, que de manera expresa consagra el artículo 148 de la ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la ley 510 de 1999, ante el superior del funcionario de primera instancia; esto es, ante el Tribunal; en efecto la asignación excepcional de esta función a la Superintendencia, lo es únicamente de la primera instancia, que es

casación y revisión en contra de las decisiones jurisdiccionales de las superintendencias.

⁷³ Tribunal Superior de Distrito Judicial, Sala Civil de Decisión, Auto del 25 de abril de 2001, Ref.: Competencia desleal de TELECOM, ORBITEL, ETB contra COMCEL S.A. – Recurso de Queja, Rad. No. 1001 02. M.P. María Teresa Plazas Alvarado.

la atribuida a los Jueces del Circuito, luego la segunda instancia corresponde al Tribunal... En este orden de ideas, considero que negada la concesión del recurso de apelación contra el fallo definitivo, la decisión del recurso compete, como lo dispone el artículo 377 del Código de Procedimiento Civil, al superior del Juzgador de primer grado; reitero al Tribunal”⁷⁴. Este salvamento de voto, cuya redacción es bastante deficiente y confusa, asimila las superintendencias a un Juez Civil del Circuito, y sin mayor fundamentación dispone que el Tribunal Superior de Bogotá es el superior jerárquico de estas entidades, argumento totalmente carente de razón, puesto que se trata de órganos que forman parte de ramas distintas del poder público, y que por consiguiente no tienen relación jerárquica entre ellas. Además, por el hecho de ejercer funciones jurisdiccionales una Superintendencia no entra a formar parte de la rama jurisdiccional del poder público. Finalmente, ni en la ley estatutaria de la administración de justicia, ni en el Código de Procedimiento civil, ni en disposición alguna, se ha consagrado que el Tribunal Superior de Bogotá sea el superior jerárquico de las superintendencias cuando quiera que estas ejerzan funciones jurisdiccionales.

Acogiendo la primera de las posiciones expuestas respecto a la autoridad a que compete decidir la apelación, *¿Cómo se debe interpretar esta disposición frente a*

⁷⁴ Salvamento de Voto de la Magistrado Ana Lucía Pulgarín Delgado.

la Superintendencia de Sociedades, considerando que la entidad tiene una estructura horizontal, que por su esencia se excluye con el recurso de apelación?

Hechas las anteriores consideraciones sobre la estructura horizontal de la Superintendencia de Sociedades, consideramos que la disposición de la ley 446 de 1998 debe interpretarse de manera restrictiva, por lo tanto, a nuestro juicio solamente serán susceptibles del recurso de apelación las decisiones jurisdiccionales definitivas [sentencias, así revistan la forma o lleven el nombre de auto] y las providencias por las cuales la entidad se declare incompetente dictadas en los procesos o asuntos sometidos a su conocimiento en virtud de las funciones conferidas por la ley 446 de 1998, sin que se puedan aplicar a las funciones conferidas a la entidad por la ley 222 de 1995 o por la ley 550 de 1999.

Para dar cumplimiento a la mencionada disposición, sería conveniente que la entidad adecuara su estructura interna con el objeto de permitir la interposición del recurso, facultando a unos funcionarios para tomar la decisión en primera instancia y a otros para resolver los recursos, con el fin de que las providencias impugnadas sean aclaradas, revocadas o modificadas. Sin embargo, a nuestro juicio, la ausencia de una reforma legislativa en este sentido no es excusa para que la entidad niegue el recurso de apelación.

Resultará en todo caso complicado determinar la procedencia del recurso en los eventos en que la decisión sea tomada por el mismo Superintendente de

Sociedades o los delegados, o por uno de sus delegados, y no por otro funcionario de la Superintendencia, puesto que, como ya se mencionó, el Superintendente y los Superintendentes delegados no tienen superior jerárquico funcional alguno, por lo cual se reitera la necesidad y conveniencia de que la adopción de las decisiones jurisdiccionales corresponda a funcionarios subalternos [Jefes de grupo o sección, Coordinadores, abogados, etc.] para que sea posible la interposición del recurso y así se garantice el derecho de toda persona a la segunda instancia consagrado en el artículo 31 de la Constitución Política.

Si bien es cierto que la posibilidad de interponer el recurso de apelación repugna con la estructura horizontal de la Superintendencia de Sociedades, no es menos cierto que dicha estructura horizontal fue establecida por la ley, por lo cual, la misma ley puede disponer una excepción a esa estructura horizontal, como lo ha hecho la ley 446 de 1998 en cuanto se refiere a ciertos actos jurisdiccionales de la entidad.

Sin embargo, debemos reconocer que la Superintendencia de Sociedades ha acogido la segunda interpretación expuesta, esto es, aquella conforme a la cual corresponde al Tribunal Superior de Bogotá resolver la apelación de las decisiones jurisdiccionales de la entidad dictadas dentro de los procesos para los cuales se le ha atribuido competencia en la ley 446 de 1998. En efecto, en el auto No. 100 – 4801 – 017447 del 5 de octubre de 2001 dictado dentro del proceso de

impugnación de decisiones sociales del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural contra Corabastos S.A.⁷⁵, la Superintendencia de Sociedades resolvió remitir al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el expediente para que este tribunal resolviera el recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra el fallo definitivo, con los siguientes argumentos:

“Establecido como está que la competencia que tiene la Superintendencia de Sociedades para tramitar los asuntos de que trata el artículo 137 de la Ley 446 es a prevención, debe también subrayarse que la misma norma radicó dicha competencia en cabeza de la Superintendencia de Sociedades y no de un funcionario en particular. La anterior situación permite que, tal y como ha quedado evidenciado en los antecedentes de esta providencia, en la primera instancia de este proceso puedan actuar en forma indistinta el Superintendente de Sociedades o el Superintendente Delegado para los Procedimientos Mercantiles, en representación de la entidad, lo que significa que ambos funcionarios han conocido del proceso en primera instancia... Por lo tanto, siendo la Superintendencia de Sociedades el juez designado por la Ley 446 de 1998 para conocer y fallar a prevención en primera instancia los procesos verbales sumarios de que trata el artículo 137 de la misma ley, mal podría, por consiguiente, ser la misma entidad, a través del Superintendente de Sociedades, la que resolviera el recurso de apelación interpuesto por las partes en contra del fallo proferido por el Superintendente Delegado para los Procedimientos Mercantiles, pues ello

⁷⁵ Expediente No. 20321.

conculcaría el principio que rige el factor de competencia funcional, según el cual son **distintos jueces** los llamados a conocer de la misma causa en estadios y fases sucesivas del mismo proceso... Ahora bien, si la primera instancia para tramitar los asuntos de que trata el artículo 137 de la Ley 446 de 1998 está en cabeza de la Superintendencia de Sociedades, debe determinarse, entonces, cual es el juez funcionalmente competente para conocer de la segunda instancia... Con el fin de esclarecer lo anterior, es necesario examinar el inciso tercero del artículo 148 de la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999, que dispuso cómo la decisión por la cual las superintendencias (i) se declaren incompetentes y (ii) el fallo definitivo, son apelables... Al respecto cabe recordar que la Corte Constitucional, en sentencia C – 384 de 2000, al examinar la exequibilidad de la norma en comento, precisó que si bien la misma establece que *“los actos que dicten las superintendencias en uso de sus facultades jurisdiccionales no tendrán acción o recurso alguno ante las autoridades judiciales”*, las excepciones allí establecidas modificaron dicha regla [Cita al pie: (...)] El artículo 52 de la Ley 510 de 1999 pretendió modificar el artículo 148 de la Ley 446 de 1998. El inciso tercero de aquella disposición, ahora bajo examen, corresponde al segundo inciso del artículo 148 mencionado, respecto del cual esta Corporación se pronunció mediante sentencia C – 672 de 1999 declarándolo ajustado a la Constitución. No obstante, la Corte aprecia que no se ha producido el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, por dos razones: **en primer lugar, porque el inciso tercero del artículo 52 de la Ley 510 de 1999 modifica el inciso segundo del artículo 148 de la Ley 446 de 1998, introduciendo una**

excepción no contemplada en esta primera norma, de manera que el contenido dispositivo de ambos artículos no es el mismo (...) (la negrilla no es original)] En este orden de ideas, si el inciso tercero del artículo 52 de la Ley 510 de 1999, por el cual se modificó el artículo 1458 de la Ley 446 de 1998, establece que las decisiones antes aludidas son apelables, este Despacho entiende que dicho recurso debe tramitarse ante las mismas autoridades judiciales – en este caso ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – pues si las Superintendencias son los jueces de primera instancia – conforme también lo son los jueces civiles de circuito, según se dejó atrás visto -, mal podrían ser estas mismas entidades las que desaten el aludido recurso, pues se ser así no se lograría el objeto del recurso de reposición cual es que sea un juez diferente quien estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado [Sic]. ... La anterior posición consulta la interpretación puesta de manifiesto en el salvamento de voto realizado dentro del fallo proferido por la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con ocasión de la actuación radicada bajo el número 1001 02, referida a un proceso que se tramitó bajo el procedimiento previsto en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, tal y como ocurre en el presente caso... De todo lo expuesto se colige que si bien el recurso de apelación para este caso está contemplado en la ley – artículo 52 de la Ley 510 de 1999 – el mismo no puede ser tramitado por el Superintendente de Sociedades, toda vez que la competencia radica en las autoridades judiciales”.

Si bien es cierto que no acogemos ninguno de los argumentos de la Superintendencia, porque, como ya mencionamos, el tenor del artículo analizado es claro en señalar que el recurso de apelación debe tramitarse ante la misma Superintendencia, debemos aceptar que el fallo tiene un efecto positivo, esto es, permite a las partes recurrir el fallo aún cuando en el proceso haya intervenido el Superintendente de Sociedades directamente. Sin embargo, si el Tribunal Superior de Bogotá reitera su jurisprudencia y se niega a conocer del recurso, y la Superintendencia se mantiene en la posición expuesta, se llegará al absurdo consistente en que ninguna autoridad resuelva el recurso de apelación⁷⁶.

No sobra mencionar que la Corte Constitucional, fundándose en el principio de la libertad del legislador para indicar cuando procede un recurso, declaró exequible el inciso 3º del artículo 52 de la Ley 510 de 1999, antes transcrito [Sentencia C-384 de abril 5 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa]. En la providencia de la Superintendencia de Sociedades antes mencionada, se transcribe parte de esta sentencia, y la Superintendencia pretende señalar que la Corte Constitucional considera que el recurso de apelación debe surtirse ante las autoridades judiciales, cuando la Corte en ninguna parte expresamente dice algo semejante,

⁷⁶ Hasta donde tenemos entendido, a la fecha el Tribunal Superior de Bogotá no se ha manifestado sobre la providencia de la Superintendencia de Sociedades. En este punto, consideramos que la Superintendencia debería promover la realización de una reforma legislativa con el fin de adoptar la estructura idónea para la interposición de este recurso, así como seguir el ejemplo de la Superintendencia Bancaria que al establecer el procedimiento para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales en relación con las controversias que surjan entre las entidades vigiladas por la misma y sus clientes, declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, mediante la Resolución 187 del 2000 reconoció expresamente la viabilidad del recurso de apelación ante el

simplemente se limitó a considerar que no existía cosa juzgada constitucional respecto de la norma demandada, porque su contenido había cambiado.

Finalmente, entre las providencias de carácter jurisdiccional emitidas por las Superintendencia de Sociedades contra las que no procede el recurso de apelación, por expresa disposición de la ley, podemos citar, a manera de ejemplo, las siguientes:

- La providencia que ordena la apertura de un trámite concursal [concordato o liquidación obligatoria], lo mismo que la que la niegue [Art. 93 Ley 222 de 1995]⁷⁷.
- La providencia por la cual se autoriza al deudor en concordato para enajenar activos fuera del giro ordinario de sus negocios [Art. 98, numeral 1 ibídem].
- Las providencias que decretan la práctica de medidas cautelares en el trámite concordatario [Art. 143 de la ley 222].
- Las providencias dictadas por la Superintendencia cuando dirime las controversias ocurridas durante la el trámite de celebración y ejecución de un

superior jerárquico del funcionario que decidió en primera instancia, interpretación ésta de la norma, que corresponde a su tenor literal.

“acuerdo de reestructuración económica”, porque estos asuntos se tramitan bajo la cuerda del proceso verbal sumario *en única instancia* [Artículo 37, ley 550 de 1999].

3.5.3. Acciones de nulidad en el contencioso administrativo

Los actos jurisdiccionales de las autoridades administrativas no son objeto del control de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por cuanto este control se predica de los **actos administrativos** de las Entidades Públicas, y su poder no se extiende a los actos jurisdiccionales de estas; se llega a esta conclusión con la sola lectura del inciso primero del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la ley 446 de 1998, que dispone:

*“Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para **juzgar las controversias y litigios administrativos** originados en la actividad de las Entidades Públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley”* (subrayado nuestro).

⁷⁷ Las normas de la ley 222 de 1995 referentes al proceso concordatario se encuentran suspendidas mientras este en vigencia la ley 550 de 1999 sobre acuerdos de reestructuración económica, de conformidad con el artículo 79 de la misma ley.

Por esta razón, además de ser incompetente para revisar las decisiones jurisdiccionales de las superintendencias y otras entidades administrativas⁷⁸, el Contencioso Administrativo no puede juzgar las decisiones proferidas en los juicios de policía por su naturaleza jurisdiccional⁷⁹, lo mismo que las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura o los Consejos Seccionales de la misma [art. 82 C.C.A.].

Ya hemos mencionado que el Consejo de Estado se abstuvo reiteradamente de conocer las demandas de nulidad interpuestas contra las providencias dictadas por la Superintendencia de Sociedades en el proceso concordatario, al considerar que estos actos se expedían en ejercicio de una función jurisdiccional y no de funciones administrativas⁸⁰, de conformidad con la doctrina trazada por el Consejo

⁷⁸ El Consejo de Estado al decidir sobre una demanda de nulidad interpuesta contra un acto jurisdiccional de la Dirección General Marítima y Portuaria DIMAR señaló que estos actos de las entidades administrativas demandados por la vía de la acción de nulidad o de nulidad y el restablecimiento del derecho no pueden asimilarse a “... los actos administrativos unilaterales, puesto que a través de ellos [de los jurisdiccionales] se ha definido una controversia civil, o comercial, entre particulares”, razón por la cual los actos jurisdiccionales no “... pueden mutarse administrativos por interpretación jurisprudencial”; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Samuel Buitrago Hurtado, Sentencia del 27 de marzo de 1989, Expediente No. 227, Actor: Servicios de Botes Marítimos – SERMAR LTDA.

⁷⁹ Al respecto véase SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo Tomo II, 3ª Edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 441; y BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo, 5ª Edición, Medellín, Señal Editora, 1999, p. 106.

⁸⁰ El Consejo de Estado al inadmitir por falta de competencia una demanda contra un acto jurisdiccional de la Superintendencia de Sociedades dictado en un concordato sostuvo: “No podría pensarse que los actos [jurisdiccionales] expedidos por la Superintendencia en este campo sigan la regla general de control de legalidad de los actos administrativos, no sólo porque no existe vacío en este campo, sino porque la voluntad de la Ley es demasiado clara cuando jurisdiccionaliza esta actividad y la sujeta a un régimen especial... No tendrá ninguna lógica, y quebrantaría la separación establecida por la Ley entre la jurisdicción ordinaria y la contencioso administrativa, que los actos de la Superintendencia dictados en relación con un concordato preventivo obligatorio, estuvieran sometidos indistintamente a una y otra, como si en estos casos la actuación constituyera un híbrido jurídico compuesto por decisiones jurisdiccionales y administrativas. Fuera de esto introduciría un factor de desconcierto para los administrados y les entorpecería su derecho de defensa, atentaría contra la organización judicial misma regulada por normas de obligado acatamiento”, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, sentencia,

de Estado, los actos jurisdiccionales de las Superintendencias no podían ser demandados por la vía de la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho por no ser actos administrativos, por lo cual las demandas contra esta clase de actos son inadmitidas sin siquiera ser decididas de fondo⁸¹.

Recientemente el Consejo de Estado ha ratificado esta afirmación, manifestando que “... Lo que otorga competencia a la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de la actividad administrativa no es la calidad de la entidad pública sino la condición de “administrativa” de la misma. El Código Contencioso Administrativo, al señalar la extensión del control, establece que “la jurisdicción de lo contencioso administrativo juzga **los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos** y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan **funciones administrativas**, de conformidad con este estatuto” (destaca la Sala), es decir, que el control se realiza en relación con el ejercicio de la función administrativa del Estado y no de otras funciones del mismo, como la legislativa o la jurisdiccional... Así las cosas, teniendo los actos acusados naturaleza jurisdiccional, escapan por definición a la jurisdicción contencioso administrativa, ya que mediante esta acción sólo se puede juzgar los actos administrativos, de acuerdo con lo estipulado en los artículos 84 y 85 del Código

septiembre 29 de 1976, tomado de *Compilación de jurisprudencia sobre sociedades (1900-1980) Tomo I*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 1981, p. 173.

⁸¹ Así puede observarse en el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 24 de Junio de 1998, Expediente 4929, Consejero Ponente: Manuel S. Urueta Ayola.

Contencioso Administrativo; y, por lo mismo, no es admisible que por razón de ellos se adelante un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho”⁸².

Sin embargo, la Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad de varias disposiciones de la ley 510 de 1999, introdujo una importante excepción a la doctrina del Consejo de Estado.

En efecto, la Corte Constitucional consideró que las decisiones adoptadas por una superintendencia por fuera de su competencia jurisdiccional no pueden ser consideradas en propiedad como actos jurisdiccionales. Señaló la Corte “... como lo excepcional es la atribución de funciones de dicha naturaleza, aquellos actos que rebasen los límites de la competencia judicial atribuida deben tenerse como actos administrativos, por razón de ser ésta la forma general del actuar de tales entes. Es decir, de conformidad con un criterio orgánico, que es el que usualmente prevalece para determinar la naturaleza jurídica de los actos emanados de los distintos órganos del poder público, el actuar de la administración en esas circunstancias sería administrativo y no jurisdiccional, sometido, por lo tanto, a las acciones y recursos que de manera general proceden contra los actos administrativos ante la justicia contencioso administrativa”⁸³.

⁸² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Auto de 20 de Enero de 2000, Exp.: 5939, Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa. Por este auto se niega la demanda interpuesta contra los actos dictados por la Superintendencia de Sociedades dentro del concordato celebrado por la sociedad Samytex Ltda. con sus acreedores.

⁸³ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C – 384 de abril 5 de 2000, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Por lo tanto, todas aquellas determinaciones adoptadas por una entidad administrativa rebasando sus precisas funciones jurisdiccionales deben tenerse como actos administrativos, susceptibles de ser anulados por la jurisdicción del contencioso administrativo por haber sido expedidos por una entidad incompetente para ello [Artículo 84 Código Contencioso Administrativo], bien sea por el ejercicio de la acción de simple nulidad, o de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

En este punto, el salvamento de voto del magistrado José Gregorio Hernández, compartido por varios magistrados, expresa: “¿Quién califica si hubo o no exceso en el uso de las competencias jurisdiccionales? Nadie más que la autoridad judicial encargada de conocer de tales acciones. Siempre la superintendencia que haya proferido un acto supuestamente cobijado por la disposición va a alegar que no incurrió en extralimitación alguna. Y el afectado dirá que sí. Por lo cual, en últimas, la Corte consagró la acción ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para controvertir ese punto; es decir, en el condicionamiento contempló lo contrario de lo que señala el precepto declarado exequible. Habría sido más lógica una sentencia de inexecutableidad”.

No compartimos los argumentos del salvamento de voto transcrito, porque este desconoce la doctrina que el Consejo de Estado había trazado sobre los actos jurisdiccionales de las autoridades administrativas. El fallo de exequibilidad mantuvo la doctrina del Consejo de Estado, pero le introdujo una importante y

conveniente excepción que no había hecho el tribunal de lo contencioso administrativo.

Para concluir, se puede afirmar que por regla general los actos jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades no son susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por la vía de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, salvo cuando la demanda se presente invocando como causal de nulidad la incompetencia del funcionario o la entidad para expedir el acto, es decir, cuando se alegue que la Superintendencia actuó en ejercicio de una función jurisdiccional de la cual carecía⁸⁴, pues se trata de actos que en estricto derecho no pueden tenerse como actos jurisdiccionales, sino como actos administrativos.

No sobra mencionar que por su naturaleza las providencias jurisdiccionales de las superintendencias hacen transito a cosa juzgada material, efecto por el cual "... pasan a ser imperativas, son susceptibles de cumplirse coercitivamente, y se hacen inmutables, por cuanto no pueden ser variadas..."⁸⁵, efecto que reconoce el artículo 147 de la ley 446 de 1998.

3.5.4. Acción de tutela

⁸⁴ Evidentemente, cuando en la demanda se invoque cualquier otra causal de nulidad (v.g. expedición irregular, desconocimiento del derecho de defensa, falsa motivación, desviación de poder, etc..) la acción será improcedente por cuanto no esta incluida en la excepción "introducida" por la Corte Constitucional, y por lo tanto le resulta íntegramente aplicable la doctrina del Consejo de Estado sobre la improcedencia de la acción.

⁸⁵ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General Tomo I, Op. cit., p. 591.

Como mecanismo de protección de los particulares frente al poder jurisdiccional de las superintendencias existe la acción de tutela, en el caso de que los derechos fundamentales de los particulares sean vulnerados por su actuación u omisión; así, la Corte Constitucional ha reconocido la posibilidad de ejercer la acción de tutela contra los inspectores de policía que ejercen funciones jurisdiccionales⁸⁶, la jurisdicción coactiva⁸⁷, y las autoridades judiciales en general, en el evento en que incurran en una vía de hecho⁸⁸.

Por lo tanto, las doctrinas trazadas por la Corte Constitucional sobre la acción de tutela contra autoridades judiciales, sobre las cuales no nos detendremos por su extensión, son plenamente aplicables a las superintendencias cuando quiera que ejerzan funciones jurisdiccionales.

Es necesario mencionar que la Corte Constitucional en Sentencia T – 120 de marzo 29 de 1993⁸⁹ sostuvo que la función jurisdiccional atribuida a las autoridades administrativas “... debe estar taxativamente consagrada en la ley y no nacer de una decantación intelectual fruto de la interpretación legal... La razón jurídica de lo anterior, es la seguridad que debe garantizar el Estado a quien se somete a la función jurisdiccional de la propia estructura estatal... Así las cosas, la

⁸⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-109, marzo 19 de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁸⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-445, octubre 12 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁸⁸ Sobre la Tutela contra autoridades judiciales y los requisitos de la vía de hecho puede consultarse a BARRETO, José V. Acción de Tutela, Teoría y práctica, 1ª edición, Bogotá, Legis Editores S.A., 1997, p. 200 y siguientes.

garantía de que las autoridades administrativas solo cumplan aquellas funciones jurisdiccionales que *concretamente* le señale la ley, constituye un derecho fundamental de los asociados ya que de esta forma se evita que dichas autoridades asuman competencias a su arbitrio, en detrimento de las competencias regladas, del principio de legalidad y de la separación de poderes que consagra la Constitución. La violación a este precepto es tan grave que la ley la sanciona con la nulidad absoluta de lo actuado” [Subrayado nuestro].

El fallo arriba citado tiene trascendental importancia para nuestro tema de estudio, pues si la garantía de que las autoridades administrativas sólo cumplan aquellas funciones jurisdiccionales que concretamente le señale la ley constituye un derecho fundamental de los asociados esto permite, sin duda alguna, que se pueda ejercer la acción de tutela contra una autoridad administrativa que asuma competencias jurisdiccionales que no le hayan sido atribuidas expresamente por la ley; lo que constituye una importante garantía para los asociados.

La Corte Constitucional ha reconocido expresamente la posibilidad de la interposición de la acción de tutela contra las superintendencias en ejercicio de funciones jurisdiccionales; así, al referirse a los procesos concursales tramitados por la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de funciones jurisdiccionales, la Corte señaló “Ahora bien, en la medida en que se trata de decisiones jurisdiccionales, las decisiones adoptadas por la Superintendencia de Sociedades

⁸⁹ Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Expediente No. T –

en los trámites concordatarios deben estar sometidas al imperio de la ley (C.P., art. 230). En este sentido, a los actos mencionados se les aplica la doctrina constitucional de la vía de hecho, cuando ocurra que la decisión adoptada durante el procedimiento desborde de manera ostensible el cauce de la juridicidad y se convierta no ya en una decisión reglamentaria, sino en una medida arbitraria, fruto del capricho del funcionario, o de su total ignorancia acerca de las normas que regulan el asunto sometido a su consideración. La tutela, como en el caso de los fallos judiciales, se erige entonces como medio eficaz para contrarrestar los efectos nocivos de la decisión, siempre y cuando se cumplan los requisitos que sobre el particular ha esbozado la jurisprudencia constitucional...⁹⁰.

La Corte Constitucional también ha señalado que la ley no puede prohibir el ejercicio de la acción de tutela contra las entidades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales. Así lo manifestó al declarar la exequibilidad condicionada del inciso 3º del artículo 52 de la Ley 510 de 1999: “Como resulta evidente que las superintendencias, en ejercicio de las funciones jurisdiccionales que les competen, pueden, al igual que los funcionarios de la rama judicial, incurrir en vías de hecho como las definidas anteriormente, es claro que la acción de tutela vendría a ser el mecanismo de defensa judicial propio para defender los derechos fundamentales involucrados en el caso, máxime cuando por prescripción

5088.

⁹⁰ Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, Sentencia T – 494 de julio 9 de 1999.

de la norma acusada, no existiría ningún otro mecanismo de defensa judicial, salvo el recurso de apelación en los casos que menciona la disposición... Con fundamento en lo anteriormente expuesto, la Corte declarará la exequibilidad de la disposición parcialmente demandada, bajo el entendido de que ella no impide el ejercicio de la acción de tutela contra las providencias adoptadas por las superintendencias en ejercicio de funciones jurisdiccionales”⁹¹.

La Corte en la misma providencia citada, señaló la improcedencia de las acciones de cumplimiento y colectivas contra las decisiones jurisdiccionales de las superintendencias, porque no es de la naturaleza de estas acciones que procedan contra decisiones judiciales.

3.5.5. Indemnización de perjuicios

Con fundamento en lo establecido en el artículo 90 de la Constitución Política, los particulares pueden reclamar del Estado la indemnización de los perjuicios que se deriven del ejercicio de la función jurisdiccional por parte de las superintendencias a través del ejercicio de la acción de reparación directa [Art. 86 Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998] ante los Tribunales de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

⁹¹ Corte Constitucional, Sentencia C – 384 de abril 5 de 2000. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

De conformidad con la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia [Ley 270 de 1996] el Estado estará obligado a reparar los daños antijurídicos que le sean imputables por el ejercicio de la administración de justicia [art. 65] cuando una Superintendencia incurra en error jurisdiccional o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

Se incurrirá en error jurisdiccional cuando la Superintendencia, autoridad investida de facultad jurisdiccional, obrando en tal carácter, dicte una providencia contraria a la ley dentro de un proceso [art. 66], siempre que la víctima ejerza los recursos previstos en la ley y que la providencia estuviere en firme [art. 67]; se incurrirá en defectuoso funcionamiento de la administración de justicia cuando el daño antijurídico ocasionado por la superintendencia en ejercicio de la función jurisdiccional no corresponda a un evento de error jurisdiccional [art. 69].

Este régimen de responsabilidad es obviamente distinto del normalmente aplicable a las superintendencias como entidades de inspección, vigilancia y control, cuya responsabilidad generalmente se deriva del régimen de la falla probada en el servicio, en el cual el demandante tiene la carga de probar la falla del servicio. En efecto, el Consejo de Estado, al referirse a la Superintendencia de Notariado y Registro sostuvo “La falla del servicio en que pueden incurrir determinados entes a quienes la ley les ha atribuido la competencia para ejercer la inspección y vigilancia sobre la prestación de determinados servicios públicos,

puede originarse ya sea porque se omita o retarde, o se extralimite la debida inspección y vigilancia y consecuentemente ocasionen un daño a los usuarios. La policía administrativa funciona en primer lugar, para preservar los intereses generales y en este caso sería oficiosa, puesto que implica una actividad cotidiana de la administración, en segundo lugar, a petición del particular interesado, en este caso deben seguirse los procedimientos que las normas reglamentarias prevean. Si existe relación de causalidad entre la falta de vigilancia y el daño causado, el estado responderá conforme al artículo 90 de la Constitución Nacional”⁹².

3.5.6. Análisis

Consideramos que los mecanismos de protección mencionados ponen de presente que los ciudadanos no se encuentran indefensos frente a las entidades administrativas que ejercen funciones jurisdiccionales, por lo cual esta institución jurídica no representa para ellos una perdida o siquiera disminución de sus garantías y derechos constitucionales y legales⁹³.

⁹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia de julio 11 de 1994, Expediente: 6693, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández. Sobre este tema también puede consultarse la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Octubre 28 de 1976, Consejero Ponente: Jorge Valencia Arango, Actor: Banco Bananero del Magdalena.

⁹³ Por ejemplo, la limitada posibilidad de interponer el recurso de apelación respecto a las decisiones jurisdiccionales de las superintendencias no pone al particular que recurre a estas entidades en desventaja frente a aquel que recurre a la Jurisdicción civil, porque contrario a lo que podría pensarse a priori, el ejercicio del recurso de apelación no es tan frecuente, y la efectividad del mismo es francamente cuestionable, así, estudios del Consejo Superior de la Judicatura han señalado que “Sólo uno de cada siete procesos subió a **segunda instancia**. El 60% de ellos fue por apelación y el resto por consulta... en dos de cada tres procesos civiles, la segunda instancia confirmó la sentencia proferida en primera instancia”. Tiempos Procesales y opinión sobre el servicio de justicia, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico, Bogotá, Imprenta Nacional, diciembre de 1998, p. 73.

En una primera aproximación a las funciones jurisdiccionales de las superintendencias podría pensarse que se vulnera el derecho a la igualdad de los particulares que acuden ante estas, porque como se expuso, la posibilidad de interponer recursos para estos se halla bastante disminuida, comparada con la amplia posibilidad de interposición de recursos de que goza el particular que recurre a la jurisdicción ordinaria. Pero un análisis de fondo lleva a concluir que no existe tal violación, así, la Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad del inciso 3º del artículo 52 de la Ley 510 de 1999 señaló:

“Desde este punto de vista, la Corte encuentra que la norma bajo examen, en cuanto se refiere a la improcedencia de recursos, se ajusta a los mandatos superiores. En efecto, la libertad configurativa del legislador se ha ejercido acudiendo a criterios que hacen referencia a situaciones procesales particulares y diferenciadas de cualquier otra, por lo cual el principio de igualdad resulta respetado. Las funciones jurisdiccionales que ejercen las superintendencias, no se llevan a cabo bajo principios absolutamente iguales a los que rigen las funciones que ejercen los organismos que componen la rama judicial; antes bien existen justamente para adelantarse respondiendo a principios propios, en circunstancias diversas de aquellas en las cuales se administra justicia de manera ordinaria, similarmente con lo que sucede con la justicia arbitral. Así, aunque en ciertos casos un mismo litigio puede ser llevado a conocimiento bien de tales superintendencias o bien de la justicia ordinaria,... lo cierto es que justamente lo

*que el legislador ha querido es facilitar un mecanismo procesal diferente, por lo cual las particularidades con las que lo reviste son igualmente distintas. Por esa razón, la previsión contenida en la disposición que se examina, según la cual en este tipo de procesos no cabrá la interposición de recurso alguno, salvo los expresamente mencionados, no vulnera la constitución*⁹⁴.

⁹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C – 384 de abril 5 de 2000. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. La Corte, en la Sentencia C – 649 de junio de 2001, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett, reiteró que la diferencia de procedimientos aplicados entre los jueces y las entidades administrativas que ejercen funciones jurisdiccionales es constitucional, siempre que sean razonables, y reiteró la posición señalada en la sentencia C – 384.

II. La Superintendencia de Sociedades

1. Generalidades

La Superintendencia de Sociedades Anónimas se creó por la ley 58 de 1931, e inicio sus labores en 1939 con el fin de proteger los derechos de los socios y terceros contra los posibles abusos de las sociedades anónimas, el Decreto 3163 de 1968 reorganizó la Superintendencia y modificó su denominación por la actual; posteriormente el Código de Comercio de 1971 modificó su ámbito de fiscalización ampliándolo a otros tipos societarios atendiendo mayormente a las dimensiones patrimoniales de las empresas vigiladas. Actualmente sus funciones se hayan consagradas en la ley 222 de 1995, el Código de Comercio y el Decreto 1080 de 1996, entre otras normas.

En ella se ha delegado la facultad del Presidente de la República de ejercer la inspección, vigilancia y control sobre las sociedades mercantiles, circunscrito y limitado por lo que determine el legislador al respecto, de conformidad con el numeral 24 del art. 189 de la Constitución Política, texto que encuentra antecedente inmediato en el art. 120 numeral 15 de la Constitución Política de 1886, tras la reforma introducida por el Acto Legislativo No. 1 de 1945.

El art. 1º del Decreto 1080 de 1996 define la naturaleza de la referida entidad:

Art. 1º. Naturaleza. La Superintendencia de Sociedades es un organismo técnico, adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, mediante el cual el presidente de la república 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.

2. Funciones administrativas

La ley 222 de 1995 regula la fiscalización estatal sobre las sociedades, desarrollando la potestad del Presidente de la República que le permite ejercer la inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles, función de policía económica y administrativa, con la finalidad de lograr "... la seguridad colectiva, la protección de terceros y un nivel medio de moralidad"⁹⁵.

La ley consagra tres niveles de fiscalización estatal sobre las sociedades mercantiles, que implican diversas atribuciones para la Superintendencia de Sociedades (Art. 82 ley 222 de 1995); estos son la inspección, la vigilancia y el control.

⁹⁵ NARVAEZ GARCIA, José Ignacio. Teoría general de las sociedades, 8ª Edición, Bogotá, Legis Editores S.A., 1997, p. 392.

2.1. Inspección, Vigilancia y Control

La ley 222 de 1995 en su art. 83 define la inspección como: *“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 misma”*.

Se aprecia que la inspección consiste simplemente en la facultad de la Superintendencia de informarse sobre la situación de una sociedad y evaluarla; se ejerce sobre todas las sociedades comerciales con domicilio en Colombia, siempre que no se hallen sometidas al control de la Superintendencia Bancaria, pudiéndose ejercer sobre sociedades vigiladas por las Superintendencias Nacional de Salud, Valores, Vigilancia y Seguridad Privada, Puertos y Servicios Públicos⁹⁶.

El artículo 84 de la ley 222 de 1995 define la vigilancia como *“la atribución de la Superintendencia de Sociedades para velar porque 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”*.

⁹⁶ En este sentido Martha Cecilia Barrero, citada por Narváez García, Op. cit., p. 397.

La vigilancia se ejerce de manera permanente e implica amplios poderes de fiscalización, superiores sin duda a los previstos en la inspección.

Están sometidas a vigilancia⁹⁷:

1. Las sociedades que determine el Presidente de la República; el Decreto 3100 de 1997, determina las personas jurídicas sometidas a la vigilancia de la Superintendencia:

a. Las sociedades mercantiles que en sus estados financieros registren:

- Un total de activos, igual o superior al equivalente a veinte mil (20.000) salarios mínimos legales mensuales.
- Ingresos totales iguales o superiores al valor de veinte mil (20.000) salarios mínimos legales mensuales.
- Un total de activos iguales o superiores al equivalente a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales, siempre que una o más sociedades vigiladas por cualquier superintendencia o entidad que ejerza la inspección, vigilancia o control gubernamental posean en ellas, individual o conjuntamente, una participación del 20% o más de su capital social.
- Ingresos totales iguales o superiores al valor de cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales, siempre que una o más sociedades vigiladas

por cualquier superintendencia o entidad que ejerza la inspección, vigilancia o control gubernamental posean en ellas, individual o conjuntamente, una participación del 20% o más de su capital social.

- b. Las sociedades comerciales comprometidas en un proceso de extinción de dominio.
 - c. Las sociedades administradoras de consorcios comerciales.
 - d. Las bolsas de productos agropecuarios.
 - e. Las sociedades prestadoras de servicios técnicos o administrativos a las instituciones financieras.
 - f. Los fondos ganaderos que no se organicen en los términos del decreto 663 de 1993 y que no reúnan los requisitos mínimos que exija la Superintendencia Bancaria, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 15 de la ley 363 de 1997;
 - g. Las empresas multinacionales andinas;
 - h. Las sucursales de sociedades extranjeras.
 - i. Las compañías mercantiles que pierdan su calidad de emisores de valores.
2. Aquellas sociedades que indique el superintendente cuando del análisis de la información se determine que la sociedad incurre en cualquiera de las siguientes irregularidades:

⁹⁷ Es pertinente enumerar las sociedades sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades porque esto constituye en algunos casos un factor que determina la competencia de la entidad para asumir funciones jurisdiccionales, como en el caso del art. 137 de la ley 446 de 1998.

- a. Abuso 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.
3. Las sociedades que de conformidad con normas anteriores o posteriores a ley 222 de 1995 se encuentren sometidas a tal grado de fiscalización.

Respecto de estas sociedades vigiladas, la Superintendencia de Sociedades, además de las facultades de inspección, ejerce las señaladas en el art. 84 de ley 222 de 1995, cuya transcripción resulta innecesaria; pero debemos advertir que las funciones consistentes en decretar la disolución de una sociedad y ordenar su liquidación [Num. 5 ibídem] y ordenar la modificación de las cláusulas estatutarias ilícitas [Num. 10] constituyen funciones jurisdiccionales erróneamente calificadas por la ley como administrativas, como más adelante expondremos.

El Control es el máximo grado de fiscalización ejercido por la Superintendencia de Sociedades, el art. 85 de la ley 222 de 1995 lo define como “la atribución de la Superintendencia de Sociedades para ordenar los correctivos necesarios para

subsanan una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad comercial no vigilada por otra superintendencia”.

El Superintendente de sociedades mediante acto administrativo de carácter particular determina la aplicación de este grado de fiscalización.

El ejercicio del control faculta a la Superintendencia de Sociedades para ejercer, además de las previstas para la inspección y la vigilancia, las funciones señaladas en el art. 85 de la ley 222 de 1995, algunas de las cuales tienen un carácter jurisdiccional.

2.2. Conciliación

La Conciliación es un mecanismo alternativo de solución de controversias, en el que las partes en conflicto, con la ayuda de un tercero imparcial denominado conciliador, intentan mediante la proposición de formulas de arreglo, solucionar un conflicto o litigio existente, o precaver uno eventual⁹⁸.

⁹⁸ Art. 64 de la ley 446 de 1998: “La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”.

El artículo 229 de la ley 222 de 1995 facultó a la Superintendencia de Sociedades para actuar como conciliadora en los conflictos que surjan entre los socios o entre estos y la sociedad con ocasión del desarrollo o ejecución del contrato social.

El gobierno nacional mediante el art. 7 del Decreto Extraordinario 1080 de 1996 determinó las funciones de la oficina de conciliación y arbitramento de la Superintendencia de Sociedades.

“Art. 7º.—Oficina de conciliación y arbitramento. Son funciones de la oficina de conciliación y arbitramento, o tribunal nacional del comercio, las siguientes:

2. Coordinar las actividades de conciliación que deba conocer la Superintendencia de Sociedades, generadas por conflictos que surjan entre los socios y entre estos y la sociedad con ocasión del desarrollo o ejecución del contrato social; así como los que se presenten entre la sociedad y sus acreedores, por problemas de crisis económica que no le permitan atender el pago regular de sus obligaciones mercantiles de contenido patrimonial;”

La parte subrayada fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-180 de 1997, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz, en dicha providencia la Corte manifestó: “La ley 222 de 1995 solo confirió a la Superintendencia de Sociedades la facultad de actuar como conciliadora en dos eventos: a) en el artículo 229 le atribuye a las entidades de inspección, vigilancia y control competentes, dentro de las cuales se encuentra la Superintendencia de

Sociedades, la facultad de actuar como conciliadora en los conflictos que surjan *entre los socios o entre estos y la sociedad* con objeto del desarrollo o ejecución del contrato social y, b) en el artículo 128 ibídem, que asigna al Superintendente de Sociedades o a su delegado el carácter de conciliadores *dentro de los procesos concursales...* Como se puede observar, la ley no le confirió a la Superintendencia de Sociedades la función de actuar como conciliadora en los conflictos que surjan *entre los acreedores y la sociedad*, generados por problemas de crisis económica que no le permitan a la empresa atender el pago regular de sus obligaciones mercantiles de contenido patrimonial, como se lee en los artículos 2º numeral 2 y 7 numeral 2 del decreto 1080 de 1996, sino solamente en los conflictos que surjan entre los socios o entre estos y la sociedad, razón por la cual estos preceptos en la parte acusada serán retirados del ordenamiento por exceder los límites previstos en la ley habilitante”. Para la Corte es claro que el gobierno se excedió en el uso de las facultades extraordinarias que la ley 222 de 1995 le dio para reestructurar la Superintendencia de Sociedades, razón por la cual declaró inexecutable varios apartes del decreto citado.

El procedimiento conciliatorio ante la Superintendencia de Sociedades es sencillo:

1. El superintendente mediante auto dispone la conciliación y señala fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de conciliación, de lo cual se notifica

personalmente a las partes, acto en el que deberá enterárseles del propósito de la audiencia.

2. A la audiencia de conciliación deben concurrir las partes con o sin apoderado. Si la audiencia no se puede llevar a cabo por inasistencia de alguna de ellas o si realizada no se logra acuerdo, se podrá citar a una segunda audiencia para dentro de los diez días siguientes.
3. Logrado algún acuerdo entre las partes, el acta que la contenga, debe ser firmada por todas ellas y donde debe especificarse con toda claridad las obligaciones a cargo de cada una, hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo. Si no se logra acuerdo alguno, igualmente debe dejarse constancia de ello en el acta mencionada.

Por la inasistencia a esta audiencia no se aplican las sanciones previstas en el Código de procedimiento Civil o en el artículo 103 de la ley 446 de 1998, pues se trata de normas sancionadoras que no admiten una interpretación o aplicación extensiva; al respecto Reyes Villamizar sostiene “Uno de los grandes aciertos del procedimiento mencionado es que no existe obligación de asistir ni de conciliar, ni penalización alguna por no hacerlo. De manera que la intervención de la entidad es de verdadera colaboración y no de apremio, como ocurre con tanta frecuencia en las instancias judiciales”⁹⁹.

El artículo 74 de la ley 550 de 1999 facultó a la Superintendencia de Sociedades para actuar respecto de los empresarios sujetos a su vigilancia y control como conciliadoras en los conflictos que surjan entre dichos empresarios y sus acreedores, generados por problemas de crisis económica que no les permitan atender el pago regular de sus obligaciones mercantiles de contenido patrimonial¹⁰⁰.

No consideramos que la actuación de la Superintendencia de Sociedades como conciliadora en los conflictos societarios implique el ejercicio de una función jurisdiccional, pues no es ella quien resuelve el conflicto entre las partes, sino son las partes mismas quienes mediante el dialogo llegan a un acuerdo que resuelve su conflicto, la actuación de la Superintendencia se limita a servir de mediador y a proponer formulas de arreglo, así como verificar la validez del acuerdo; no es la Superintendencia la que le da efectos de cosa juzgada al acuerdo conciliatorio sino la misma ley, ipso iure, le atribuye tal efecto, así como el mérito ejecutivo¹⁰¹.

⁹⁹ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Reforma al régimen de sociedades y concursos, segunda edición, Bogotá, Editorial Temis S.A., 1999, p. 312.

¹⁰⁰ Sobre esta función Claudia Alvarez Vejarano señala “Consideramos la función conciliatoria como función judicial de la Superintendencia por los efectos que la decisión adoptada en centros de conciliación genera... Esta facultad y su ejercicio se plantea en la ley sin perjuicio de la negociación de acuerdos de reestructuración, esto es, como un mecanismo independiente de solución de conflictos económicos, o una alternativa o herramienta adicional a la contenida en el cuerpo general de la ley”. Manual de interpretación de la Ley 550, Bogotá, 3R Editores, 2000, p. 79.

¹⁰¹ El art. 2483 del Código Civil le atribuye efectos de cosa juzgada al contrato de transacción, en el que no interviene un tercero; es por ello que consideramos que la función conciliatoria no implica el ejercicio de función jurisdiccional, repetimos, la fuerza de cosa juzgada del acuerdo la da la ley, no la Superintendencia, quien además no resuelve el conflicto, sino son las partes quienes prestando su voluntad administran justicia entre ellas.

Es por ello que incluimos esta función entre las administrativas y no entre las jurisdiccionales.

Sin embargo, el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución Política dispone que cuando un particular actúa en la condición de conciliador esta investido transitoriamente de la función de administrar justicia. La Corte Constitucional ha señalado lo siguiente sobre la naturaleza de la conciliación: “La conciliación no tiene en estricto sentido el carácter de actividad judicial ni da lugar a un proceso jurisdiccional, porque el conciliador, autoridad administrativa o judicial, o particular, no intervienen para imponer a las partes la solución del conflicto en virtud de una decisión autónoma e innovadora. El conciliador simplemente se limita a presentar fórmulas para que las partes se avengan a lograr la solución del conflicto, y a presenciar y a registrar el acuerdo a que han llegado éstas; el conciliador, por consiguiente, no es parte interesada en el conflicto y asume una posición neutral... El artículo 116 de la Constitución en forma excepcional autoriza a los particulares para que puedan ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, y dentro de los límites que determine la ley. ... Conviene observar que la mencionada disposición califica la actividad de conciliación como función de administrar justicia, no obstante que, como se dijo antes, ella no corresponde en sentido estricto a este tipo de función. Sin embargo, la referida calificación podría explicarse bajo la perspectiva de que aquella institución comporta una forma de composición de un conflicto jurídico,

que por sus efectos y resultados prácticos se equipara a la solución que resulta del pronunciamiento de la sentencia, luego del trámite procesal correspondiente. De ahí que en nuestro ordenamiento jurídico tradicionalmente se le haya dado a la conciliación el efecto de cosa juzgada”¹⁰².

Por lo tanto, para aquellos que realicen una interpretación literal de la norma constitucional mencionada, la función conciliatoria de la Superintendencia de Sociedades tendrá carácter jurisdiccional.

2.3. Otras

De conformidad con el art. 82 de la ley 222 de 1995, a la Superintendencia de Sociedades corresponde velar por el cumplimiento del régimen cambiario en materia de inversión extranjera, inversión colombiana en el exterior y endeudamiento externo, entre otras atribuciones señaladas en el art. 86 de la ley 222.

El art. 87 de la ley 222 de 1995 atribuye a la Superintendencia de Sociedades la facultad de ejercer diversas *Medidas* que califica de *administrativas*. Estas potestades se ejercen sobre cualquier sociedad no sometida a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria o de Valores; siempre que uno o más asociados

representantes de no menos del diez por ciento del capital social o alguno de sus administradores solicite la adopción de cualquiera de tales medidas, entre las cuales se encuentran las siguientes, que en realidad no son funciones administrativas sino jurisdiccionales como luego se analizará:

- 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.
- La orden para que se reformen las cláusulas o estipulaciones de los estatutos sociales que violen normas legales.
- De oficio o a solicitud de parte, reconocer la ocurrencia de los presupuestos que den lugar a la sanción de ineficacia en los casos señalados en el libro segundo del Código de Comercio, en relación con sociedades no sometidas a la vigilancia o control de otra Superintendencia.

¹⁰² Sentencia C-160 de marzo 17 de 1999. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

III. De las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades en el derecho comercial

A la Superintendencia de Sociedades se le han atribuido varias funciones jurisdiccionales, siendo la superintendencia que más funciones de esta naturaleza ejerce, estas la transforman, al decir del profesor Reyes Villamizar "... en un importante foro para la resolución jurisdiccional de conflictos empresariales. La acción que la entidad realice en este frente será decisiva en el fortalecimiento de las garantías que la ley le confiere a los socios y accionistas, hasta ahora relativamente inoperantes, por causa de la morosidad en el ejercicio de la función judicial"¹⁰³.

El establecimiento de una jurisdicción especializada en los asuntos societarios como la existente en el estado de Delaware [Cortes especializadas en los asuntos societarios] en los Estados Unidos de América¹⁰⁴, podría ser posible en nuestro

¹⁰³ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Reforma al régimen de sociedades y concursos, Op. cit., p. 314.

¹⁰⁴ Al referirse a los litigios de los accionistas en los Estados Unidos, Solomon y Palmiter sostienen: "Dos remedios [remedies] están a disposición de los accionistas para reivindicar sus intereses en la sociedad. Los accionistas pueden demandar en su propia capacidad de reclamar sus derechos como accionistas (una acción directa), y ellos pueden demandar en nombre de la sociedad para reclamar derechos de la sociedad que sólo los afectan indirectamente (una acción derivativa)". [Traducción propia]. SOLOMON, Lewis D. y PALMITER, Alan R. Corporations - examples and explanations, 2ª edición, Little Brown and Company, Canadá, 1994, p. 479.

país a través del otorgamiento de funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades, contar con una justicia especializada en la materia sería un gran estímulo para la inversión de capital en el sector real de la economía; una mayor facilidad de acceso a la justicia y celeridad en la resolución de conflictos societarios haría a nuestro país más atractivo al capital foráneo.

1. Procesos concursales

El derecho concursal, según Torres de Cruells es “El conjunto de normas jurídicas que disciplinan, según el principio de la *par conditio creditorum*, la situación del deudor insolvente y la ordenación de los procedimientos que tienden, bien a conservar, bien a liquidar el patrimonio de este deudor, que está vinculado a sus acreedores, es lo que constituye el derecho concursal positivo”¹⁰⁵, esta definición da una clara noción de los procesos concursales, como los trámites que se aplican en caso de insolvencia del deudor. Estos procesos se hallan sometidos a los principios de la *par conditio creditorum* [Este principio dispone que todos los acreedores del deudor concursado concurren al proceso en igualdad de condiciones, salvo que la ley señale expresamente algún privilegio], *universalidad* [Conforme al cual todos los bienes del deudor deben ser vinculados al proceso concursal] y *colectividad* [El cual exige que todos los acreedores concurren al proceso a hacer valer sus derechos, incluso aquellos acreedores privilegiados por la ley].

1.1. Naturaleza jurídica de los procesos concursales en Colombia

Antes de la expedición de la ley 222 de 1995, las normas entonces vigentes sobre los procesos concursales eran el Código de Comercio, que en los artículos 1937 a 2010 regulaba el proceso de quiebra, y el Decreto 350 de 1989 que regulaba el concordato preventivo, en dos modalidades, potestativo y obligatorio. Existían además, el concurso de acreedores y la cesión de bienes, sin contar con los procesos liquidatorios de las entidades financieras y otras con regímenes especiales¹⁰⁶.

Existían pues, infinidad de procesos concursales que se aplicaban atendiendo principalmente a la naturaleza [Comerciante o no comerciante, persona natural o jurídica, sociedad comercial o civil, dimensión patrimonial, etc.] del deudor.

A partir de 1971 correspondió a la Superintendencia de Sociedades tramitar el Concordato Preventivo Obligatorio de ciertas sociedades comerciales¹⁰⁷, este

¹⁰⁵ Citado por Germán Parra García, Procesos Concursales Vol. I Del concordato de los comerciantes, Bogotá, Editorial Temis, 1992, p. 11.

¹⁰⁶ Ver GAMBOA SERRANO, Rafael H. Op. cit., p. 249. Sobre la historia de los procesos concursales en Colombia puede consultarse: SOTOMONTE SOTOMONTE, Saul. “La empresa en crisis”, en Código de Comercio 20 años – Evaluación y Perspectivas, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá – Universidad de los Andes, agosto de 1992, p. 459 a 463.

¹⁰⁷ De conformidad con los arts. 48 y 50 del Dto. 350 de 1989, aquellas sociedades comerciales sometidas a la vigilancia de la Superintendencia, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta con participación mayoritaria del Estado en su capital. Con anterioridad, los artículos 1928 y siguientes del Código de Comercio de 1971, derogados por el Decreto 350, confirieron competencia a la Superintendencia de Sociedades para conocer del concordato preventivo obligatorio de las sociedades

proceso concursal es definido por Germán Parra García como “... un proceso concursal autónomo, cuyo agotamiento es obligatorio para las sociedades y empresas que por mandato de la ley están sometidas a él. Sus objetivos son: evitar la quiebra o liquidación forzosa administrativa – si no se logra este fin de todas formas se trata de una etapa previa a tales procesos concursales -, y llegar a la celebración de un contrato procesal, también llamado “concordato”, entre el empresario deudor que se halla en cesación en los pagos y la mayoría legal de sus acreedores; acuerdo que, necesariamente, tendrá por objeto la conservación y recuperación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, cuando ello fuere posible, así como la protección adecuada del crédito y, finalmente, la conciliación de los intereses contrapuestos del empresario deudor y la masa de sus acreedores”.¹⁰⁸

A los Jueces Civiles del Circuito o Especializados correspondía el Concordato Preventivo Potestativo de los comerciantes persona natural y de las sociedades comerciales no sometidas al Concordato Preventivo Obligatorio ni a la liquidación forzosa administrativa. El proceso de quiebra correspondía, con exclusividad, a los Jueces Civiles.

Como se dijo con anterioridad, en torno a la naturaleza jurídica de las decisiones adoptadas por la Superintendencia de Sociedades en el trámite del concordato

sometidas al control de la entidad, con pasivo superior a cinco millones de pesos o más de cien trabajadores permanentes, que no estuviesen previstas en las excepciones del art. 1935 ibídem.

¹⁰⁸ PARRA GARCÍA, Germán. Op. cit., p. 244.

preventivo obligatorio consagrado en el Código de Comercio de 1971 y en el Decreto 350 de 1989, se originó un debate doctrinal entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Bajo la vigencia de los artículos del Código de Comercio que regulan el Concordato Preventivo Obligatorio bajo la tutela de la Superintendencia de Sociedades [Arts. 1928 a 1936] el Consejo de Estado se abstuvo reiteradamente de conocer las demandas de nulidad interpuestas contra las providencias dictadas por la superintendencia en este proceso concordatario, al considerar que estos actos se expedían en ejercicio de una función jurisdiccional y no de funciones administrativas, por lo tanto, no podían ser objeto de demanda ante esa jurisdicción cuyo control se predica de los actos administrativos del Estado y no de los jurisdiccionales; consideraba este tribunal que para que la superintendencia pudiera adelantar el proceso era necesario el ejercicio de poderes propios de una autoridad judicial por parte de la entidad¹⁰⁹; el único defecto de esta postura es

¹⁰⁹ En este sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Auto Septiembre 29 de 1976, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo. En otra providencia, la mencionada corporación sostuvo: “El concordato preventivo, tanto el potestativo como el obligatorio, están previstos en el C. de Co. bajo la forma de un proceso... porque en esencia se trata de actuar una pretensión procesal. En efecto lo que se demanda es una actividad del poder público a través de la cual se persigue obtener un arreglo que facilite el pago de las obligaciones del deudor... para evitar así un proceso de quiebra; para lograrlo es menester la actuación de poderes compulsivos y decisorios con virtualidad suficiente para afectar la esfera jurídica de terceros acreedores, tales como el enervamiento de todo juicio de quiebra..., la suspensión de la prescripción de créditos y de toda actuación en procesos de ejecución contra el deudor..., igualmente la garantía general de los créditos a cargo del deudor y a favor de los acreedores que no participen en el concurso se reduce al remanente de los bienes del deudor una vez cumplido éste... Efectos de esta naturaleza sobre las relaciones entre particulares no pueden concebirse si, para producirlos, no media una actividad de naturaleza típicamente jurisdiccional...Sería ilógico calificar la misma clase de autos o providencias unas veces como jurisdiccionales y otras como administrativas, cuando es el caso que todas se dictan dentro de un mismo tipo de proceso, como es el concordato preventivo, solo porque unas veces las dicta el Juez... y en otras las dicte el Superintendente por virtud de la competencia especial que le asigne en la ley”, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto enero 22 de 1981, Consejero Ponente: Dr. Carlos Galindo Pinilla.

que contradecía el tenor del art. 61 de la Constitución de 1886, que prohibía tajantemente el ejercicio de función jurisdiccional por entes administrativos, pues el Consejo de Estado consideraba que la Constitución admitía el ejercicio de funciones jurisdiccionales por entidades administrativas.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia al declarar la exequibilidad de las normas del Código de Comercio referentes al concordato preventivo obligatorio, consideró que las funciones ejercidas por la superintendencia eran de naturaleza administrativa y manifestación del poder de inspección y vigilancia sobre las sociedades mercantiles que en ella delegó el Presidente de la República. Además, consideraba inadmisibles el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de una autoridad administrativa.¹¹⁰

De mayor interés que la ponencia resultó ser el salvamento de voto del Dr. Manuel Gaona Cruz, quién sostuvo la inconstitucionalidad de los artículos del Código de

¹¹⁰ La Corte consideró que la tramitación del concordato preventivo obligatorio de las sociedades "... es una de las variadas formas de inspección y vigilancia que ejerce la Superintendencia de Sociedades... es claro para la Sala que su actuación en ellos es puramente administrativa y en ningún momento jurisdiccional... el Superintendente tramita el concordato, en el cual a través de su actuación ejerce la función administrativa que le es propia,... La decisión del Superintendente no tiene fuerza de cosa juzgada, pues, como ya se expresó, aprobado el concordato, debe pasarlo al juez para su homologación, acto que sí tiene las características de aquella... Puede afirmarse que el procedimiento tiene algunas características formales propias de la jurisdicción, pero por carecer de contenido de ésta no puede catalogarse como jurisdiccional; es por el contrario, reitera la Sala, un procedimiento administrativo pues las funciones de la Superintendencia las ejerce por delegación del Presidente de la república quien tiene la obligación de velar por el cumplimiento de la Constitución y las leyes". Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, sentencia agosto 18 de 1981, Magistrado Ponente: Dr. Oscar Salazar Chaves. En idéntico sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia enero 28 de 1988, M.P.: Dr. Jesús Vallejo Mejía. La misma posición fue reiterada por la Corte al declarar la exequibilidad de varios apartes del Decreto 350 de 1989 en sentencia de agosto 31 de 1989, Sala Plena, Magistrados Ponentes: Dr. Jaime Sanín Greiffenstein y Dr. Dídimo Páez Velandia. Está última

Comercio que atribuían el referido trámite a la Superintendencia de Sociedades, al considerar que otorgaban función jurisdiccional a una autoridad administrativa contraviniendo así lo dispuesto en el artículo 61 de la Constitución Política de 1886¹¹¹.

Los argumentos del Consejo de Estado y del Dr. Gaona Cruz resultan ser más convincentes que los de la Corte Suprema de Justicia, es evidente que en el proceso concordatario el superintendente resuelve conflictos intersubjetivos de intereses de manera definitiva y obligatoria al solucionar controversias mediante la aplicación de la ley a un caso concreto, pues mediaba y decidía en el conflicto entre el deudor admitido al trámite concordatario y sus acreedores, adoptaba decisiones y ejercía poderes propios de un juez.¹¹²

consideró que las decisiones con alcance jurisdiccional (graduación de créditos, levantamiento de embargos y secuestros y que terceros hayan formulado) estaban reservadas al Juez bajo el Decreto 350 de 1989.

¹¹¹ El magistrado sostenía: “Por razón de su contenido (criterio material), el proceso es de naturaleza jurisdiccional y no administrativa... Sin embargo, las normas demandadas otorgan competencia jurisdiccional a una entidad administrativa no autorizada expresamente por la Carta al efecto, como lo es la Superintendencia de Sociedades, y además disponen la nulidad de los procesos judiciales concordatarios en curso de que conozca la Superintendencia, así como la prevalencia de la actuación de ésta sobre la judicial... la controversia de un proceso concordatario supone la aplicación de norma jurídica con carácter declarativo, donde se dirimen pretensiones patrimoniales para “decidir el derecho” (iuris dictio), o jurisdiccionales, que comportan necesariamente decisión (fallo) o acuerdo (concordato o transacción), aunque de naturaleza preventora o preventiva, pero en todo caso declarativa; además, el procedimiento señalado por el Código de Comercio para el concordato judicial preventivo potestativo, es idéntico al estipulado en el mismo estatuto, mediante el inciso primero del artículo 1930 demandado, para el concordato “administrativo” preventivo obligatorio.”

¹¹² Según Germán Parra García, Op. cit., p. 250, la Superintendencia de Sociedades realizaba en este trámite las siguientes funciones jurisdiccionales: embargo y secuestro de bienes con prevalencia de las medidas cautelares ordenadas por un juez, designación de administradores o coadministradores, la decisión de incidentes de desembargo, extinción de los derechos reales de hipoteca y prenda y la conservación únicamente del privilegio para el pago, medidas de desapoderamiento de los bienes del deudor, las suspensión de todo proceso ejecutivo y su acumulación al concordato y el reconocimiento y graduación de los créditos así como la decisión sobre las objeciones a los mismos.

Finalmente, fue la ley 222 de 1995 la que vino a legitimar la tesis del Consejo de Estado¹¹³ al consagrar en sus artículos 89 y 90 que el trámite del concordato en cabeza del Superintendente de Sociedades representa el ejercicio de una función jurisdiccional, y bajo su vigencia el Consejo de Estado ha reiterado que carece de competencia para ejercer control sobre los actos jurisdiccionales de la superintendencia¹¹⁴.

Recientemente, el Consejo de Estado al negar la procedencia de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra algunos actos de la Superintendencia de Sociedades dentro de un trámite concordatario sostuvo que “La función que, en relación con los concordatos que celebran las personas jurídicas, le corresponde a la mencionada Superintendencia de Sociedades, es de carácter jurisdiccional, por mandato expreso del legislador... En efecto, la naturaleza jurisdiccional que la ley le ha dado a la función que la superintendencia cumple como juez de concordato, es armónica con la materialidad del asunto,

¹¹³ Con todo, no sobra mencionar que posteriormente el Consejo de Estado cambio de parecer, es así como en providencia de la Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo, del 5 de junio de 1992, el alto tribunal consideró que las atribuciones de la Superintendencia de Sociedades en el concordato preventivo obligatorio del Decreto 350 de 1989 eran de contenido administrativo y no jurisdiccional, citando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia respecto al asunto. Consejero Ponente: Dr. Miguel González Rodríguez.

¹¹⁴ En efecto, el mencionado tribunal sostuvo: “... para la sala es claro que el acto demandado (v. fls. 212 a 215 c. ppal.), cuyo objeto es declarar fracasado el concordato preventivo obligatorio de la sociedad Textiles Nylon S.A. y decretar la apertura a trámite de liquidación obligatoria, debe ser calificado como jurisdiccional, evento en el cual no es demandable ante esta jurisdicción, por así disponerlo el artículo 90 de la Ley 222 de 1995... 4. Visto que el auto 410-001 de 2 de enero de 1997, al declarar fracasado el concordato a que se vio enfrentada la sociedad Textiles Nylon y ordenar su liquidación, no puede ser objeto de demanda ante esta jurisdicción, es de concluir que la actuación adelantada en este juicio está viciada de nulidad”, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Auto de junio 24 de 1998, Expediente 4929, Consejero Ponente: Dr. Manuel S. Urueta Ayola.

puesto que se trata de conflictos entre intereses de particulares, por los efectos jurídicos de las decisiones y las medidas que le está autorizado tomar dentro del proceso, tanto que tienen necesaria incidencia en otros procesos judiciales. Más aún, las características del trámite, con regulación especial, complementada por el Código de Procedimiento Civil y el Código de Comercio, sin que en la remisión a otros ordenamientos se haga mención del Código Contencioso Administrativo, erige la actuación respectiva en un verdadero proceso judicial...”¹¹⁵.

En la ley 222 de 1995 [art. 89] existen sólo dos modalidades de trámite concursal:

1. El concordato o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor.
2. Un concurso liquidatorio respecto de los bienes que conforman el patrimonio del deudor, proceso denominado liquidación obligatoria.

1.2. Competencia de la Superintendencia de Sociedades

Los artículos 90 y 214 de la ley 222 de 1995 determinan la competencia de la Superintendencia de Sociedades para tramitar los procesos concursales, función que claramente califica de jurisdiccional:

¹¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Auto de 20 de Enero de 2000, Exp.: 5939, Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa.

Art. 90.—Competencia. La Superintendencia de Sociedades asume la función jurisdiccional en uso de la facultad concebida en el artículo 116 inciso 3º de la Constitución Política. Será competente de manera privativa para tramitar los procesos concursales de todas las personas jurídicas, llámense sociedades, cooperativas, corporaciones, fundaciones, sucursales extranjeras, siempre que no estén sujetas a un régimen especial de intervención o liquidación. Los jueces civiles especializados, o en su defecto, los jueces civiles del circuito, tramitarán los procedimientos concursales de las personas naturales.

Art. 214.—Competencia. El concordato y la liquidación obligatoria del deudor persona jurídica diferente a las sociedades comerciales y de las personas naturales, serán conocidos en primera instancia por los jueces civiles del circuito especializados, y a falta de estos, por los civiles del circuito, del domicilio principal del deudor. En estos procesos no habrá diligencias preliminares a la apertura del trámite concursal.

Como se puede observar claramente, se presenta una contradicción entre los citados artículos que se soluciona aplicando la regla de hermenéutica jurídica consignada en el numeral segundo del art. 10 del Código Civil [Este artículo corresponde al art. 5 de la ley 57 de 1887], según la cual la disposición posterior prevalece sobre la anterior, por lo cual *la competencia de la Superintendencia de Sociedades para tramitar procesos concursales se restringe exclusivamente a las sociedades comerciales*¹¹⁶, siempre que estas no estén sujetas a un régimen

¹¹⁶ Vale la pena mencionar que en virtud del art. 125 de la ley 388 de 1997 las sociedades dedicadas a la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, que se encuentren en las situaciones previstas en los numerales 1 y 6 del art. 12 de la ley 66 de 1968 [Suspensión en el pago de sus obligaciones y grave quebranto su capital y reservas patrimoniales que ponga en peligro la oportuna atención de sus obligaciones,

especial de intervención o liquidación [Entre estas se encuentran, a manera de ejemplo: a. Las sociedades vigiladas por la Superintendencia Bancaria b. Las sociedades dedicadas a la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda no cubiertas por lo dispuesto en el art. 125 de la ley 388 de 1997, proceso que se adelanta ante los concejos municipales c. Las empresas de servicios públicos, proceso que se adelanta ante la Superintendencia de Servicios Públicos]¹¹⁷.

El Decreto 1080 de 1996, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al ejecutivo por el art. 226 de la ley 222 de 1995, pretendió corregir la contradicción en comento; el numeral 17 de su artículo 2 disponía que a la Superintendencia de Sociedades correspondía:

17. Tramitar los procesos concursales de todas las personas jurídicas, llámense sociedades comerciales, sucursales de sociedades extranjeras, empresas unipersonales, empresas industriales y comerciales del estado, cooperativas, fundaciones y corporaciones, que no estén sujetas a un régimen especial de intervención o liquidación.

Esta disposición se complementaba con el art. 23 del mencionado decreto:

respectivamente] pueden acceder al trámite del concordato y la liquidación obligatoria ante la Superintendencia de Sociedades, siempre y cuando estén desarrollando la actividad urbanística con sujeción a las disposiciones legales del orden nacional, departamental, municipal o distrital.

¹¹⁷ Sobre los regímenes especiales de liquidación de estas sociedades puede consultarse: REYES VILLAMIZAR, Francisco. Disolución y liquidación de sociedades, 3ª Edición, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 1998, p. 156 y siguientes.

Art. 23.—*Competencia concursal*. La Superintendencia de Sociedades será competente, de manera privativa, para tramitar los procesos concursales de todas las personas jurídicas, llámense sociedades comerciales, sucursales de sociedades extranjeras, empresas unipersonales, empresas industriales y comerciales del estado, cooperativas, fundaciones y corporaciones, que no estén sujetas a un régimen especial de intervención o liquidación;

Estas disposiciones fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-180 de 1997, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, la Corte consideró que con tales normas “... se pretende resolver el error normativo citado, sin tener facultades para ello, tales normas serán declaradas inexecutable por exceder los límites señalados en la ley de investidura. Además, se regula un aspecto relacionado con el procedimiento concursal, el cual, como ya se anotó, implica una modificación de los Códigos de Comercio y de Procedimiento Civil, materia vedada al legislador extraordinario, en virtud de lo dispuesto en el artículo 150-10 de la Carta”.

Con tal declaratoria de inexecutableidad queda claro que la competencia de la Superintendencia de Sociedades para tramitar procesos concursales se restringe exclusivamente a las sociedades comerciales no sujetas a un régimen especial de intervención o liquidación.

Además, en reiteradas oportunidades la Superintendencia de Sociedades ha manifestado que se considera competente para tramitar los procesos concursales

de las sociedades civiles [Con base en el art. 1º de la ley 222 que somete a las sociedades civiles a las disposiciones sobre las sociedades comerciales], empresas unipersonales de responsabilidad limitada [Con base en el art. 80 de la ley 222 que somete a estas empresas a las disposiciones relativas a las sociedades comerciales] y las sucursales de sociedades extranjeras [Con base en que en este punto no existe contradicción entre los artículos 90 y 214 de la ley 222]¹¹⁸.

En este punto Cantillo y Mojica señalan “El Consejo Superior de la Judicatura, con base en las facultades conferidas por el artículo 256-6 de la Constitución Política de Colombia y la Ley 270 de 1996, al dirimir los conflictos de competencia surgidos entre la Superintendencia de Sociedades y los Juzgados Civiles de Circuito con posterioridad a la vigencia de la Ley 222 de 1995 y a la declaratoria de inexecutable del Decreto 1080, no ha mantenido una jurisprudencia uniforme. Sin embargo, *en los fallos más recientes ha sostenido que la Superintendencia de Sociedades tiene función jurisdiccional*, para adelantar en forma privativa los procesos concursales de todas las personas jurídicas, excepto las sujetas a un régimen especial de intervención o liquidación, correspondiendo estos últimos a los jueces civiles especializados o del circuito, mediante el trámite de los procesos

¹¹⁸ Entre los pronunciamientos de la Superintendencia de Sociedades en este sentido encontramos: oficio 220-16115 del 16 de abril de 1998, oficio 220-5962 del 24 de febrero de 1998 y memorando 220-09 del 20 de enero de 1998.

concursoales de las personas naturales (Sent. de sep. 25/97, Rad. 14625 A, M.P. Rómulo González Trujillo)¹¹⁹ [Cursiva fuera de texto].

El Art. 91 de la ley 222 de 1995 determina los eventos de procedencia del trámite concursal, que se constituyen en requisitos sustanciales de su apertura:

Art. 91. Supuestos. La autoridad competente admitirá la solicitud del trámite concursal cuando el deudor se encuentre en los siguientes eventos:

1. En graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de las mencionadas obligaciones [sic].
2. Si se teme razonablemente que llegue a cualquiera de las dos [sic] situaciones anteriores.¹²⁰

Consideramos acertado que el trámite de los procesos concursales de las sociedades comerciales, y sus asimiladas, se haya atribuido a la Superintendencia de Sociedades, reconociendo las grandes capacidades de la entidad. El profesor Alvaro Isaza Upegui comenta: “La ley apunta hacia la especialización de la Superintendencia de Sociedades como entidad administrativa, lo que conlleva a la desjudicialización del trámite cuando se trata del concurso de una persona

¹¹⁹ CANTILLO VASQUEZ, Ignacio y MOJICA RODRIGUEZ, María Esperanza. Procesos de Disolución y Liquidación de Sociedades Comerciales – Manual Práctico, Bogotá, Legis Editores S.A., 1999, p. 225.

¹²⁰ Reyes Villamizar explica que el artículo original, cuyo texto fue objetado por el Presidente de la República, señalaba como primer presupuesto para la admisión al trámite concursal, “el incumplimiento de dos o más obligaciones de contenido patrimonial por un plazo mayor a 180 días”. Frente a la objeción presidencial, el Congreso aprobó el texto actual del art. 91, la supresión del numeral 1 de la norma inicial explica la incongruencia en la redacción del artículo, Reforma al régimen de sociedades y concursos, Op. cit., p. 366.

jurídica... Reconociendo la buena experiencia de la superintendencia en este campo, se le permite a esta entidad, en ejercicio de la función de control que ejerce sobre las sociedades comerciales, ordenar que se adopten medidas correctivas a las situaciones de crisis, convocar de oficio al trámite concursal cuando estas medidas no se adopten o no cumplan su cometido, y adecuar el trámite concursal a la viabilidad económica y financiera, de tal manera que la sociedad que muestre posibilidades de recuperación será admitida al trámite concursal, o de lo contrario será admitida al trámite liquidatorio”¹²¹.

Como lo manifiesta Reyes Villamizar, “En el panorama contemporáneo no es, en verdad, frecuente que se le conceda a autoridades administrativas el conocimiento de procesos de concordato o quiebra. La generalidad de los países de Europa continental le otorga amplia competencia al poder judicial para estos efectos. En el sistema norteamericano es tan significativo el carácter *judicial* del trámite de la quiebra, que, en desarrollo de principios constitucionales, la competencia para conocer del mismo está reservada a las cortes *federales*. Existe, por tanto, una jurisdicción especial de bancarrota (*bankruptcy jurisdiction*), cuya reglamentación está dada por legislación expedida por el Congreso Federal (*Federal Bankruptcy Code*)”¹²².

¹²¹ A renglón seguido sostiene: “ De otra parte, es importante reiterar la naturaleza principalmente financiera y económica más que netamente jurídica o de discusión de derechos en los procesos concursales, así como la vocación de conciliación de intereses que debe presentarse en este tipo de procesos”. ISAZA UPEGUI, Alvaro. La liquidación obligatoria como sustituto del proceso de quiebra, en Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana, No. 36 1996, Medellín, p. 138 y 139.

¹²² REYES VILLAMIZAR, Franciso. Reforma al régimen de sociedades y concursos, Op. cit., p. 342. Entre los estados que conservan el trámite de los procesos concursales bajo la tutela de la rama judicial del poder público encontramos a España, donde el órgano jurisdiccional de la quiebra es el Juez de conformidad con su

Habiendo dejado en claro la competencia de la superintendencia, procedemos a analizar las funciones jurisdiccionales ejercidas por la entidad como Juez de los procesos concursales.

1.3. Concordato

La ley 222 de 1995 define claramente el concordato:

Art. 94. *Objeto del concordato.* El concordato tendrá por objeto la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, así como la protección adecuada del crédito.

El concordato es básicamente un proceso que tiene por objeto llegar a un acuerdo entre el deudor insolvente y sus acreedores para evitar la liquidación obligatoria de su empresa, según Parra García este tiene por objeto "... la protección adecuada del crédito, o la recuperación de la empresa como unidad económica; como intereses de orden público, al igual que la conciliación de los intereses contrapuestos existentes entre el deudor (empresario mercantil) que se haya en estado de insolvencia y sus acreedores; acuerdos que una vez aprobados u

Código de comercio y la Ley de enjuiciamiento Civil, sin que se presente la intervención de autoridades del poder ejecutivo, Ver: URÍA, Rodrigo. Derecho Mercantil, 23ª edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1996, p. 1045.

homologados por el funcionario competente son obligatorios para el deudor y sus acreedores, aun los disidentes y les son oponibles a aquellos que no se hicieron parte en el proceso”¹²³.

El trámite del proceso concordatario implica el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la Superintendencia en la medida en que actúa como componedora de los intereses y derechos contrapuestos de los acreedores y el deudor, pues interviene entre los particulares para resolver el conflicto que se produce a consecuencia de la insolvencia del deudor.

Es necesario mencionar que a partir de la vigencia de la 550 de 1999 [30 de diciembre del mismo año] las disposiciones de la ley 222 de 1995 sobre el trámite del concordato se encuentran suspendidas para dar aplicación a los acuerdos de reestructuración económica creados por la primera disposición, tema que se abordara en el capítulo siguiente de esta monografía; sin embargo, debido a que las normas del trámite concordatario se seguirán aplicando a las empresas admitidas a él antes del 30 de diciembre de 1999 debemos estudiar la figura en esta monografía.

Como se había sostenido en las consideraciones previas de esta monografía, el hecho de que la Superintendencia de Sociedades ejerza funciones jurisdiccionales y no administrativas al tramitar el concordato implica la improcedencia del

¹²³ PARRA GARCIA, Germán. Op. cit., p. 16.

derecho de petición como mecanismo para solicitar la actuación de la superintendencia, o para la presentación de los créditos al trámite o como recurso frente a sus decisiones; la mencionada entidad ha manifestado que "... el derecho de petición no es el mecanismo procesal idóneo para modificar el contenido de las decisiones jurisdiccionales, pues si tal es el fin perseguido, deberán aplicarse las disposiciones del estatuto procesal civil y en consecuencia compete a las partes intervinientes dentro del proceso o actuación hacer uso de los medios de impugnación que les brinda la ley"¹²⁴.

En punto del trámite del concordato, no sobra mencionar que la Superintendencia de Sociedades, en la Circular Externa No. 8 de 1996, señaló que el concordato puede ser solicitado por el deudor o su apoderado, quien debe acreditar su calidad de abogado, o por un acreedor, quien deberá actuar por medio de apoderado judicial debidamente constituido.

Entre los diversos actos jurisdiccionales que se producen en el trámite del concordato adelantado por la superintendencia, los siguientes tienen particular importancia¹²⁵:

¹²⁴ Oficio 220-20611 mayo 5 de 1998, tomado de Doctrina jurídica y contable No. 3 junio de 1998 p. 1, Superintendencia de Sociedades.

¹²⁵ Como se indicó en la introducción, por consideraciones de extensión omitiremos el análisis de los detalles del procedimiento del concordato y la liquidación obligatoria (requisitos sustanciales y formales para su inicio, las funciones del contralor, liquidador, y las juntas de acreedores, términos procesales, audiencias, deliberaciones, mayorías, etapas, etc.), pues esta monografía busca dar al lector un conocimiento general de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades sin pretender agotar un tema tan extenso como es el de los procesos concursales, dignos de estudios más profundos que el presente. Por lo tanto, nos

a. Providencia que da apertura al trámite, conocido como auto admisorio¹²⁶

Una vez se presenta la solicitud por parte del deudor, la Superintendencia procede a verificar el cumplimiento de los requisitos legales, si estos se cumplen la Superintendencia la admitirá dentro de los tres días siguientes (Art. 92 ley 222), y sino negara la admisión.

Contra la providencia que admite la solicitud no procede recurso alguno, y contra la que la niega solo procede el de reposición (art. 93).

Esta providencia no afecta la existencia jurídica de la sociedad, por el contrario el proceso concordatario tiene por finalidad la continuación de la empresa para que desarrolle adecuadamente su objeto social.

Esta providencia reviste un carácter jurisdiccional porque produce la interrupción del término de prescripción e inoperancia de la caducidad como lo dispone claramente el art. 102 de la ley 222 de 1995:

limitaremos a enunciar las providencias más importantes dictadas dentro de estos trámites por la Superintendencia, y que revisten carácter jurisdiccional, por ser lo que se relaciona directamente con el objeto de esta monografía.

¹²⁶ En este sentido BONFANTI, Mario Alberto y GARRONE, José Alberto. Concursos y quiebra, 3ª Edición, Buenos Aires, Editorial Abedelo-Perrot, 1983. p. 811, y Reyes Villamizar, Reforma al régimen de sociedades y concursos, Op. cit. p. 313.

Art. 102. *Interrupción del término de prescripción e inoperancia de la caducidad.* Desde la apertura del concordato y hasta la terminación del mismo o la declaratoria de cumplimiento o incumplimiento del acuerdo concordatario, se interrumpe el término de prescripción y no operará la caducidad de las acciones respecto de los créditos que contra el deudor se hubieren perfeccionado o hechos exigibles antes de la iniciación del concordato.

El Consejo de Estado, en providencia ya citada, consideró que efectos de esta naturaleza "... no pueden concebirse si, para producirlos, no media una actividad de naturaleza típicamente jurisdiccional"¹²⁷.

Otros efectos de esta providencia son: la prohibición al deudor y a sus acreedores para efectuar pagos o arreglos relacionados con sus obligaciones sin la autorización de la autoridad jurisdiccional del concordato [Art. 99 num. 3 ley 222 de 1995]; la continuidad de los contratos de tracto sucesivo [Art. 103 ibídem] y obligación para los prestadores de servicios públicos al deudor de continuar prestándolos [Art. 104 ibídem].

La acumulación de procesos ejecutivos al concordato prevista en el inciso tercero del art. 99 es otro efecto de esta providencia que denota su carácter jurisdiccional¹²⁸; reviste tal naturaleza porque la superintendencia se convierte en

¹²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto enero 22 de 1981, Consejero Ponente: Dr. Carlos Galindo Pinilla.

¹²⁸ En este sentido PARRA GARCIA, Germán. Op. cit. p. 250.

el Juez del proceso ejecutivo adelantando contra el deudor sustituyendo en la función judicial al Juez Civil.

Un efecto de esta providencia, de singular importancia, es la división de los créditos en concordatarios y postconcordatarios; serán créditos concordatarios los adquiridos con anterioridad a la fecha de apertura del trámite, independientemente de que sean o no exigibles y serán postconcordatarios los que surjan con posterioridad a la iniciación del trámite. Los créditos concordatarios deben vincularse al proceso concordatario y no pueden hacerse valer en otro trámite distinto al concordato, y a su vez estarán sujetos a lo pactado en el acuerdo concordatario; los créditos postconcordatarios no se vinculan al concordato, deben pagarse de preferencia aún sobre los créditos de la primera clase, y los acreedores de este tipo de créditos gozan de la posibilidad de exigirlos por la vía del proceso ejecutivo¹²⁹.

b. Acumulación de concordatos¹³⁰

El art. 148 de la ley 222 dispone que la Superintendencia de Sociedades decretará, de oficio o a solicitud de cualquiera de los acreedores o del deudor, la acumulación de los concordatos de entidades vinculadas entre sí por su carácter de matrices o subordinadas o cuyos capitales estén integrados mayoritariamente

¹²⁹ Al respecto puede consultarse el oficio 220 – 54463 de noviembre 25 de 1996 de la Superintendencia de Sociedades, Doctrina Jurídica y Contable No. 5 de 1997.

por las mismas personas¹³¹. En lo referente al trámite de la acumulación, el mencionado artículo remite a lo previsto al respecto por el Código de Procedimiento Civil [artículos 157 a 159].

1. Procedencia de la acumulación:

Interpretando sistemáticamente el artículo 148 de la ley 222 con el artículo 157 del C. de P. C. encontramos que se debe decretar tal acumulación cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a). Trámite de dos o más concordatos; siendo imposible la acumulación de procesos concursales de diversa índole como un concordato con una liquidación obligatoria, o una liquidación forzosa administrativa; pues el art. 157 del C. de P. C. prohíbe la acumulación de procesos con trámite diverso y el 148 de la ley 222 exige que se trate de dos procesos concordatarios.

b). Vinculación económica: las entidades deben ser vinculadas entre sí por su carácter de matrices o subordinadas, como lo define el art. 260 del Código de Comercio subrogado por el 26 de la ley 222; o que sus capitales estén integrados

¹³⁰ En este sentido REYES VILLAMIZAR, Francisco. Reforma al régimen de sociedades y concursos, Op. cit. p. 313.

¹³¹ Como antecedente de esta disposición se encuentran los artículos 44 y 52 del Decreto 350 de 1989 que ordenaban la acumulación de los concordatos de sociedades vinculadas entre sí o cuyos capitales estuvieran integrados mayoritariamente por las mismas personas.

mayoritariamente por las mismas personas, sea que estas obren directamente o por conducto de otras personas jurídicas.

c). Oportunidad procesal: para poder decretar la acumulación se requiere que el concordato o concordatos a acumular no hayan sido aprobados por la superintendencia, o el Juez competente, como señala el art. 148.

2. Competencia para decretar la acumulación

La norma es clara en señalar, que tratándose de dos o más sociedades comerciales [Así como de sociedades civiles, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras, Ver punto 1.2], es evidente que corresponde a la Superintendencia de Sociedades decretar la acumulación de los concordatos. Pero en el singular caso, en que la matriz sea una persona natural o una persona jurídica distinta de una sociedad comercial o civil, de una empresa unipersonal o una sucursal de sociedad extranjera [Como las fundaciones y corporaciones sin ánimo de lucro], que adelanta su proceso concordatario ante un Juez Civil o Especializado ¿A quién corresponde decretar la acumulación, y por lo tanto, conocer de los dos o más concordatos acumulados?

Dando aplicación al art. 158 del C. de P. C., aplicable al caso, debemos concluir que la acumulación deberá ser decretada por el funcionario [Juez o

Superintendencia] que tramité el proceso concordatario más antiguo, según los criterios de antigüedad previstos en tal norma. Por consiguiente, el funcionario que decreta la acumulación entrará a conocer de un proceso concordatario para el cual inicialmente no era competente.

La acumulación de los procesos concordatarios no es una facultad discrecional de la Superintendencia de Sociedades sino una obligación que se le impone cuando se encuentren acreditados los requisitos para su procedencia. Por ello el art. 148 de la ley 222 le atribuye la facultad oficiosa a la Superintendencia de Sociedades para decretar la acumulación.

3. Efectos de la acumulación

Como señala el art. 159 del C. de P. C., la acumulación implica que los procesos concordatarios se continuarán tramitando conjuntamente.

Como ninguno de los concordatos ha sido aprobado, corresponde a la Superintendencia citar a nuevas audiencias de deliberación y aprobación del concordato en las que participaran conjuntamente todos los acreedores de las entidades cuyos concordatos se han acumulado, y debe proceder a calcular las mayorías con base en la nueva composición de los acreedores.

La Superintendencia de Sociedades ha sostenido sobre la acumulación de concordatos que “... la regulación establecida por la ley concursal tiene efectos únicamente procesales y no sustanciales, lo cual significa que cada entidad responderá con sus bienes por sus obligaciones; si los efectos de la acumulación fueran sustanciales resultaría conveniente la aplicación de la figura, pues ello necesariamente incidiría en la forma en que habrían de atenderse las obligaciones a cargo del deudor”¹³². Es decir, en ningún momento la acumulación de concordatos implicara el quebrantamiento de la separación patrimonial entre matriz y subsidiaria, ni una variación en la preferencia o privilegio de los créditos o en el pago de las obligaciones, simplemente se trata de una figura que busca facilitar la obtención del acuerdo, pero que indudablemente reviste importancia en la medida en que afecta el normal desenvolvimiento del proceso concordatario de por lo menos una de las sociedades involucradas en la acumulación.

c. Graduación, calificación, y resolución de objeciones presentadas a los créditos¹³³

Los artículos 133 y 134 de la ley 222 de 1995 regulan la providencia de calificación y graduación de créditos; este auto determina la existencia de las obligaciones a

¹³² Oficio 220 – 47085 de agosto 10 de 1998, en: Superintendencia de Sociedades, Doctrinas y Conceptos Jurídicos 2000, p. 458.

cargo del deudor, su naturaleza, si gozan o no de privilegio y su cuantía. La Superintendencia dicta este auto atendiendo a la relación de pasivos presentada por el deudor y los demás elementos de juicio que se encuentren en el proceso, o que ella tenga a bien disponer [La superintendencia goza de la facultad oficiosa de decretar las pruebas que considere pertinentes para decidir, para lo cual puede incluso comisionar a los Jueces Civiles Municipales y del Circuito], la superintendencia además resuelve las excepciones de mérito presentadas en los juicios ejecutivos acumulados al concordato.

La superintendencia, al resolver las objeciones presentadas a los créditos por las partes intervinientes en el proceso, ejerce función jurisdiccional pues resuelve un conflicto entre particulares mediante la aplicación de la ley a un caso concreto; la entidad decide basándose en las pruebas allegadas por el objetante y la contestación que se formule a la objeción¹³⁴.

d. Decreto y levantamiento de medidas cautelares¹³⁵

¹³³ En este sentido PARRA GARCÍA, Germán. Op. cit. p. 250, y REYES VILLAMIZAR, Francisco. Reforma al régimen de sociedades y concursos, Op. cit. p. 313.

¹³⁴ Reyes Villamizar sostiene “¿Qué más jurisdiccional que la resolución de objeciones en los trámites concursales? El deudor confiesa deber 100 y el acreedor pide 200. El superintendente decreta las pruebas y con fundamento en su criterio decide quien tiene la razón o si ninguno de ellos la tiene...”, *Modificaciones relativas a la Superintendencia de Sociedades*, Op. cit., p. 59.

¹³⁵ En este sentido PARRA GARCÍA, Germán. Op. cit. p. 250, y REYES VILLAMIZAR, Francisco. Reforma al Régimen de sociedades y concursos, Op. cit., p. 313.

La Superintendencia de Sociedades esta facultada para ordenar, de oficio o a petición de cualquier acreedor, el embargo y el secuestro de los bienes del deudor y las demás medidas cautelares que estime necesarias, en cualquier estado del trámite del concordato [Art. 144, ley 222 de 1995], igualmente está facultada para decretar su levantamiento cuando así se lo solicite el contralor, la junta provisional de acreedores o el deudor [Art. 145].

El decreto de embargo y el posterior secuestro de los bienes de las sociedades en concordato implica el ejercicio de una función jurisdiccional por parte de la superintendencia; Hernán Fabio López manifiesta “Constituye el embargo un acto jurisdiccional por excelencia, encaminado a colocar un bien fuera del comercio en forma tal que una vez practicado se logra su inmovilización en el mundo del negocio jurídico, por cuanto existirá objeto ilícito en la enajenación o gravamen del bien embargado mientras esté afectado por la medida. El art. 1521 del C.C. así lo dispone”¹³⁶.

e. Extinción de los gravámenes sobre los bienes del deudor, como los derechos reales de prenda e hipoteca, y la conservación únicamente del privilegio para el pago¹³⁷

¹³⁶ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General Tomo I, Op. cit., p. 1035.

¹³⁷ Germán Parra García considera este efecto como una clara manifestación del poder jurisdiccional de la Superintendencia, Op. cit., p. 250.

El art. 138 de la ley 222 dispone que una vez aprobado el acuerdo concordatario, la Superintendencia de Sociedades ordenará la cancelación o la reforma de los gravámenes constituidos sobre los bienes del deudor, de conformidad con lo que al respecto se establezca en el concordato.

Se trata de una verdadera función jurisdiccional en la medida en que la superintendencia goza del poder para decretar la extinción de derechos reales sobre los bienes del deudor, con la finalidad de facilitar la enajenación de los mismos. Obviamente el acreedor conserva el privilegio para el pago de su obligación, razón por la cual su crédito será clasificado entre los de la segunda o tercera clase¹³⁸, según corresponda, en el auto de graduación y calificación de créditos, y su obligación será solucionada atendiendo a la preferencia propia del derecho real de que gozaba.

De conformidad con el art. 105 de la ley 222, si el representante de la deudora o el contralor solicitan el levantamiento o la modificación de los gravámenes que recaen sobre bienes del deudor y una vez oídos el deudor, la junta provisional y el acreedor titular del respectivo gravamen, la Superintendencia resolverá mediante providencia motivada, la adopción de tal medida, la cual procederá cuando considere que la misma es indispensable para evitar un mayor deterioro de la situación del deudor. No obstante lo dispuesto, el acreedor titular del gravamen,

conservará el privilegio y la preferencia para el pago de su crédito y tendrá derecho al restablecimiento del gravamen en los casos previstos en la ley.

f. Aprobación o desaprobación del concordato¹³⁹

Para la celebración de un concordato se requiere el consentimiento del deudor y de uno o más acreedores que representen por lo menos el setenta y cinco por ciento [75%] del valor de los créditos reconocidos y admitidos. Debe recordarse que el concordato que se celebre con la mayoría y condiciones previstas en la ley obliga a todos los acreedores del deudor concursado, incluso a aquellos que no se hicieron parte en el proceso y a quienes votaron en contra de la formula concordataria aprobada.

La superintendencia debe resolver sobre la aprobación del concordato, la entidad verifica que las estipulaciones del acuerdo concordatario tengan carácter general, en forma que no queda excluido ningún crédito reconocido o admitido, y que se respete la prelación, los privilegios y preferencias establecidas en la ley. Si el acuerdo es aprobado, en la misma providencia se ordenará el levantamiento de las medidas cautelares vigentes, salvo que en el acuerdo se haya dispuesto otra cosa.

¹³⁸ Sobre las clases de créditos puede consultarse: GAMBOA SERRANO, Rafael H. La prelación de créditos, Revista Universitas, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, No. 91, diciembre 1996, p. 235.

Una vez aprobado el acuerdo, se pondrá fin al trámite. Contra esta providencia solo procede el recurso de reposición.

Cuando el acuerdo tenga por objeto transferir, modificar, limitar el dominio u otro derecho real sobre bienes sujetos a registro, constituir gravámenes o cancelarlos, ordenará la inscripción de la parte pertinente del acta en el correspondiente registro, no siendo necesario el otorgamiento previo de ningún documento.

Si la Superintendencia de Sociedades no da su aprobación al acuerdo, debe expresar las razones que tuvo para ello, y suspenderá la audiencia que se este adelantando para continuarla el décimo día siguiente, a fin de que se adopten las reformas conducentes. Si reanudada la audiencia, se adoptan las medidas respectivas, la superintendencia lo aprobará. Si no fuere posible el acuerdo, lo declara e inicia el trámite liquidatorio [Art. 140 ley 222 de 1995].

Esta aprobación implica el ejercicio de función jurisdiccional por parte de la superintendencia en la medida en que, como lo sostiene Reyes Villamizar, “Esta aprobación implica, por supuesto, un análisis de legalidad de los términos convenidos en el acuerdo; que se hayan respetado las preferencias y los privilegios de los acreedores que las tiene, y que no se haya vulnerado ninguna

¹³⁹ En este sentido BONFANTI y GARRONE, Op. cit., p. 811, y REYES VILLAMIZAR, Francisco. Reforma

norma de orden público. Toda esta conformidad la hace el superintendente homologando o aprobando el trámite concursal¹⁴⁰, con la aprobación del superintendente al acuerdo se resuelve de manera definitiva [a menos que el deudor incumpla el concordato] el conflicto existente entre el deudor y sus acreedores.

Parra García al referirse a las diferencias entre el concordato extrajudicial [ajeno a nuestra legislación] y el judicial expresa “Los verdaderos concordatos requieren, entonces, la intervención de una autoridad jurisdiccional, especialmente en su etapa final o de homologación, puesto que lo que en ellos se consagre obliga al deudor y todos sus acreedores, sin importar que ellos no hayan votado favorablemente el concordato o no hayan sido parte en él”¹⁴¹.

El proceso adelantado por la superintendencia se caracteriza por la celeridad, sin embargo el gran número de sociedades que en los últimos años han accedido a este trámite ha disminuido la eficiencia de la entidad¹⁴², a pesar de lo cual continúa siendo mucho más eficiente, transparente y profesional en el trámite del proceso que cualquier despacho judicial del país.

al régimen de sociedades y concursos, Op. cit., p. 313.

¹⁴⁰ REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Modificaciones relativas a la Superintendencia de Sociedades*, Op. cit., p. 61.

¹⁴¹ PARRA GARCIA, Germán. Op. cit., p. 14.

¹⁴² Al 30 de agosto de 2001, 19 sociedades se encontraban tramitando un concordato, 150 sociedades se encontraban ejecutándolo, 21 sociedades que se encontraban tramitando o ejecutando un concordato fueron admitidas a la promoción de un acuerdo de reestructuración, y 2 más se encontraban ya ejecutando el respectivo acuerdo. Al 4 de mayo de 2001, 85 sociedades habían sido admitidas a la promoción de un acuerdo de reestructuración. Datos tomados de www.supersociedades.gov.co.

En ejercicio de sus facultades jurisdiccionales dentro del proceso concordatario la Superintendencia de Sociedades ha elaborado importantes doctrinas dentro del campo del derecho comercial; es así como al referirse al contrato de fiducia mercantil en garantía celebrado por el deudor concursado con anterioridad al inicio del proceso concordatario la entidad ha manifestado que "... el fiduciario debe contar previamente con la autorización del juez del concordato (la Superintendencia) siempre que pretenda directamente o a través de un tercero autorizado por él, efectuar algún pago, negociar activos fijos, o celebrar acuerdos relacionados con las obligaciones concordatarias"¹⁴³, esta doctrina ha puesto fin a la practica por la cual el deudor antes de iniciar el trámite del concordato "... destinaba una parte importante de sus activos (usualmente los más valiosos) a la constitución de un patrimonio autónomo que, bajo las instrucciones del fideicomitente deudor, era destinado al pago de obligaciones sin preferencia ni privilegio dentro del orden legal, con la secuela evidente de quedar los demás acreedores del concurso en situación tan precaria, que sobre sus créditos solo subsistía el respaldado de un remanente patrimonial exiguo y muchas veces insuficiente"¹⁴⁴, obviamente esta posición ha sido severamente criticada por quienes ven imposibilitada la mencionada practica, pero es la realidad que con esta doctrina se da cumplimiento a los principios del derecho concursal de la par conditio creditorum y de la universalidad .

¹⁴³ FLOREZ RAMIREZ, Alfredo Enrique. La fiducia en modalidad de garantía, Revista Universitas, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, No. 92, junio 1997, p. 232. El párrafo citado

Otra doctrina importante elaborada por la superintendencia¹⁴⁵ señala que no procede la restitución de bienes detentados por el deudor con título en el contrato de leasing cuando la misma tenga por causa el no pago de las obligaciones concordatarias, sin que resulte de importancia la naturaleza mueble o inmueble del bien. Esta doctrina permite al deudor conservar la tenencia del bien y continuar su explotación económica, evitando así que se agrave su situación de crisis.

1.3.1. Caso de función jurisdiccional debatido – Declaración de responsabilidad de la matriz en el concurso de la subordinada

El párrafo del artículo 148 de la ley 222 dispone que cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato o liquidación, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. La mencionada disposición señala además que se presumirá tal situación, a menos que la matriz o sus vinculadas demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente.

corresponde a la transcripción que realiza el autor del auto 410-6017 del 18 de diciembre de 1995, dictado en el concordato de Acerías Paz del Río S.A.

¹⁴⁴ Reyes Villamizar, Francisco. Reforma al régimen de sociedades concursos, Op. cit., p. 394.

¹⁴⁵ Ver oficio 220 – 20611 del 5 de mayo de 1998, Doctrina Jurídica y Contable No. 3, Junio de 1998.

Para que sea exigible esta responsabilidad se requiere:

1. Que se este adelantando un proceso de concordato o liquidación obligatoria de una sociedad que tenga el carácter de subordinada de otra, en los términos del art. 260 del Código de Comercio, subrogado por el art. 26 de la ley 222¹⁴⁶.
2. Que la situación de concordato o de liquidación obligatoria de la sociedad subordinada haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz, en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en proceso concursal. Al respecto señala Reyes Villamizar “Quiere ello decir que será indispensable que las dificultades para el pago de las obligaciones de la filial o subsidiaria, provengan de los actos de control ejercidos, dolosa o culposamente, por la sociedad matriz sobre la controlada”¹⁴⁷. Este elemento de la responsabilidad se presume¹⁴⁸, por lo tanto corresponde a la entidad controlante probar que la situación de concurso no se produjo por causa del control sobre la subordinada, sino que por el contrario tuvo una causa ajena a tal control.

¹⁴⁶ La Superintendencia de Sociedades, en auto 420-5107 de octubre 11 de 1996, señaló que no es necesario que la matriz se encuentre en proceso concursal para que se derive esta responsabilidad.

¹⁴⁷ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Reforma al régimen de sociedades y concursos, Op. cit. p. 183.

¹⁴⁸ Sobre el particular, la Corte Constitucional, en Sentencia C – 510 de octubre 9 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo- que declaró exequible el parágrafo del art. 148 de la ley 222, señaló “El actor cree encontrar en esta regla una inversión de la carga de la prueba, que contradice la presunción constitucional de inocencia, pero la Corte no acepta esa tesis, puesto que el objeto de la presunción no es la responsabilidad en sí misma sino la situación concursal que da lugar a ella, es decir, la vinculación entre las decisiones de la matriz y el efecto patrimonial causado a la sociedad subordinada... Se trata, entonces, de una presunción *juris tantum*, que puede ser desvirtuada por la matriz o controlante, o por sus vinculadas, demostrando que sus

3. Que los bienes de la sociedad concursada resulten insuficientes para atender el pago de sus obligaciones, lo cual se manifiesta en el carácter subsidiario de esta responsabilidad¹⁴⁹. Lo que lleva con razón a concluir que esta responsabilidad sólo se puede hacer exigible cuando fracase el concordato y no durante el trámite de este, por lo tanto, se hará exigible el pago a la matriz cuando se ordene la apertura del proceso de liquidación obligatoria de la subsidiaria y se compruebe la insuficiencia de los activos de la concursada para el pago de las obligaciones¹⁵⁰, sin perjuicio de las facultades que parecen haber sido atribuidas a los jueces de tutela por la Corte Constitucional en el caso de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. En liquidación obligatoria, adelante comentada.
4. Que la autoridad competente para hacerlo declare la exigibilidad de esta responsabilidad, condenando a la matriz al pago de las obligaciones insolutas de la subordinada. Cuando se condena a la sociedad matriz a responder subsidiariamente por las obligaciones insolutas de su vinculada se quebranta la separación jurídica de sus patrimonios, resultando la matriz condenada al pago de tales obligaciones; por lo tanto se trata evidentemente del ejercicio de una función jurisdiccional.

decisiones no han causado la desestabilización económica de la filial o subsidiaria, sino que esta procede de motivos distintos”.

¹⁴⁹ En la providencia antes citada, la Corte Constitucional sostuvo: “Además, no se trata de una responsabilidad principal sino subsidiaria, esto es, la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que él no pueda ser asumido por la subordinada, lo que, unido a la hipótesis legal de que las actuaciones provenientes de aquella tienen lugar en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de otras subordinadas, apenas busca restablecer el equilibrio entre deudor y acreedores, impidiendo que estos resulten defraudados”.

Sobre el último punto se plantea el siguiente problema ¿Cuál es la autoridad competente para conocer del proceso tendiente a declarar la responsabilidad subsidiaria de la matriz por la apertura del proceso concursal de la sociedad subordinada?

Reyes Villamizar plantea el problema en los siguientes términos “... una tesis podría consistir en que el proceso mencionado le compete, con exclusividad, a la jurisdicción común, bajo el trámite del proceso ordinario, otra opinión podría sostener que la responsabilidad puede ser reconocida por la Superintendencia de sociedades como autoridad facultada para tramitar el concurso”¹⁵¹.

Entre quienes consideran que la Superintendencia de Sociedades es la autoridad competente se encuentra Juan José Rodríguez Espitia [Actual Superintendente de Sociedades Delegado para los Procedimientos Mercantiles], quien sostiene “Consideramos que no existe obstáculo alguno para que la Superintendencia pueda reconocer la responsabilidad, como quiera que estamos ante la presencia del factor de competencia de conexidad, según el cual el juez o funcionario que conoce del asunto principal, conoce igualmente de todos aquellos aspectos relacionados directamente con aquél, factor que sin duda aparece reconocido de manera expresa por la ley 222 cuando por ejemplo, permite a la Superintendencia

¹⁵⁰ En este sentido: REYES VILLAMIZAR, Francisco. Reforma al régimen de sociedades y concursos, Op. cit. p. 184.

¹⁵¹ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Reforma al régimen de sociedades y concursos, Op. cit. p. 185.

como juez del concordato resolver las excepciones de mérito propuestas en los procesos ejecutivos que se incorporaron al concordato”¹⁵².

Por otra parte, entre quienes consideran que la Superintendencia de Sociedades no es competente para declarar la responsabilidad subsidiaria de la matriz se encuentra la misma entidad, la cual ha señalado “... esta Superintendencia en la resolución 3393 del 12 de diciembre de 1997 manifestó: *“El Despacho encuentra que el párrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995 no precisa a qué funcionario corresponde hacer efectiva la responsabilidad y bajo que qué trámite. En consecuencia, es preciso atender el carácter residual de la jurisdicción civil y aceptar que será de su competencia todo aquel asunto que no esté atribuido a otra jurisdicción. En cuanto al procedimiento aplicable se deberá proceder de idéntica manera, pues la ley estableció que cuando un asunto no tiene un procedimiento especial, se tramitará por el proceso ordinario. En este orden de ideas, la Superintendencia de Sociedades no tiene la competencia para pronunciarse sobre la responsabilidad subsidiaria de la matriz en los eventos de procesos concursales de las subordinadas”*”¹⁵³ [Subrayado propio].

Consideramos que la opinión correcta es la de la Superintendencia, en el sentido de señalar que es la Jurisdicción Civil la competente para conocer del proceso

¹⁵² RODRIGUEZ ESPITIA, Juan José. “Alcances del párrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995” en *El derecho societario contemporáneo – Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial*, Tomo I, Bogotá, Ediciones de la Cámara de Comercio de Bogotá, 1996, p. 829.

tendiente a declarar la responsabilidad subsidiaria de la matriz por la apertura del proceso concursal de la sociedad subordinada. Esta posición se fundamenta en los siguientes argumentos:

Primero: No es posible aplicar el factor de conexión a este caso

Sobre el factor determinante de competencia llamado de conexidad o conexión, señala Hernán Fabio López que “...encuentra su principal motivo de ser en el principio de la economía procesal, que se refleja, entre otras muchas formas, en el fenómeno de la acumulación de pretensiones y de procesos, casos en los cuales el juez competente para conocer de un proceso en el que existen pretensiones acumuladas o varios procesos que se van a acumular, será el juez que puede conocer del proceso de mayor valor, pues se aplica el conocido aforismo romano de que lo accesorio sigue a lo principal; se tendrá que lo accesorio, en este caso, es lo de menor valor”¹⁵⁴. No es posible aplicar a este caso el factor de conexión, como pretende el Dr. Rodríguez Espitia, porque este factor se aplica a casos de acumulación de pretensiones o procesos, y además, consideramos, por los ejemplos del mismo que da la doctrina, que este factor sólo se aplica cuando una disposición legal expresamente lo consagra. Así, sí la superintendencia decide sobre los procesos ejecutivos incorporados al proceso concordatario o de liquidación es precisamente porque la ley expresamente lo consagró.

¹⁵³ Superintendencia de Sociedades, Oficio 125 – 1063 de enero 13 de 1999, en Doctrina y Conceptos Jurídicos 2000, p. 402.

¹⁵⁴ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General Tomo I, Op. cit., p. 1035.

Segundo: Se desconocería la Constitución Nacional

Aceptar que la Superintendencia es la competente para declarar la responsabilidad subsidiaria de la matriz implica hacer una interpretación extensiva de las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia lo cual atenta contra la constitución, como lo ha señalado la Corte Constitucional. En efecto, la Corte Constitucional en Sentencia T – 120 de marzo 29 de 1993¹⁵⁵, ya citada, sostuvo que la función jurisdiccional atribuida a las autoridades administrativas “... debe estar taxativamente consagrada en la ley y no nacer de una decantación intelectual fruto de la interpretación legal... La razón jurídica de lo anterior, es la seguridad que debe garantizar el Estado a quien se somete a la función jurisdiccional de la propia estructura estatal... Así las cosas, la garantía de que las autoridades administrativas solo cumplan aquellas funciones jurisdiccionales que *concretamente* le señale la ley, constituye un derecho fundamental de los asociados ya que de esta forma se evita que dichas autoridades asuman competencias a su arbitrio, en detrimento de las competencias regladas, del principio de legalidad y de la separación de poderes que consagra la Constitución. La violación a este precepto es tan grave que la ley la sanciona con la nulidad absoluta de lo actuado” [Subrayado nuestro]. Así las cosas, es evidente que no se puede sostener, a la luz de la doctrina de la Corte Constitucional, que la

¹⁵⁵ Sala Séptima de Revisión, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, Expediente No. T – 5088.

Superintendencia es la competente para declarar la responsabilidad subsidiaria de la matriz.

Finalmente, debemos señalar que la Corte Constitucional, en la conocida Sentencia SU – 1023 del 26 de septiembre de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño, por la cual ordenó a la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café asumir transitoriamente el pago de las mesadas pensionales y aportes en salud de la Compañía de Inversiones de la Flote Mercante S.A.¹⁵⁶ señaló que “... los pensionados cuentan al menos con tres acciones judiciales diferentes ante las cuales podrían invocar la defensa de sus derechos. En primer lugar, el proceso de liquidación obligatoria que adelanta la Superintendencia de Sociedades, el cual tiene carácter judicial en virtud de lo consagrado en el inciso tercero del artículo 116 de la Constitución y desarrollado por los artículos 89 y s.s. de la ley 222 de 1995. En segundo lugar, está la oportunidad de discutir ante la jurisdicción ordinaria la presunción de responsabilidad de la entidad matriz o controlante de la CIFM, de acuerdo con lo señalado en el parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995; y, finalmente, la posibilidad de acudir ante la jurisdicción competente para determinar la procedencia de la figura de la responsabilidad subsidiaria del Estado, en aplicación de lo previsto en el numeral 7° de la ley 573 de 2000, desarrollado por el decreto 254 de 2000” [Subrayado nuestro], con lo cual la Corte Constitucional ha reconocido que la competencia para reconocer la

¹⁵⁶ Ref.: Expedientes acumulados T-409301, T-411010, T-411263, T-442235 y T-426970. Acciones de tutela instauradas por Librada de Dios Viuda de Fajardo, Jaime Osorio Avendaño, José Hoyer Morales García, Daniel Villarreal Quesedo y Fiduciaria Petrolera S.A., Fidupetrol contra la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. y otros

responsabilidad subsidiaria de la matriz corresponde al Justicia Ordinaria y no a la Superintendencia de Sociedades, sin perjuicio de las facultades que para condenar a la matriz de la sociedad concursada al pago de ciertos pasivos de ésta última se le han conferido a los jueces de tutela con este importante precedente o pronunciamiento de la Corte Constitucional, cuyos efectos en el núcleo fundamental de la sociedad anónima, la absoluta separación patrimonial entre los accionistas y la sociedad, están por verse.

1.4. Liquidación Obligatoria

El proceso de quiebra previsto en el art. 1937 del Código de Comercio, caracterizado por su estricto régimen sancionatorio [Art. 1993 a 2005 ibídem] es sustituido mediante la ley 222 de 1995 por el proceso de liquidación obligatoria, la mencionada ley determina así su objeto:

Art. 95. Objeto de la liquidación obligatoria. Mediante la liquidación obligatoria se realizarán los bienes del deudor, para atender en forma ordenada el pago de las obligaciones a su cargo.

Se trata de un proceso que busca, mediante la enajenación de los bienes del deudor, atender el pago de sus obligaciones de conformidad con el orden de prelación de créditos previsto en la ley, y distribuir el remanente entre los socios

cuando el proceso se adelanta respecto de una sociedad. Hay lugar a este proceso cuando el deudor insolvente entra en cesación de pagos y el órgano jurisdiccional competente (Superintendencia de Sociedades o Juez Civil) considera que no es posible adelantar un concordato para la recuperación de sus negocios, por lo cual se procede a liquidar su patrimonio.

No suele haber doctrinantes que le nieguen a este proceso carácter jurisdiccional, por ello, Ugo Rocco critica severamente a los autores italianos que atribuyen naturaleza administrativa al proceso de quiebra iniciado oficiosamente y naturaleza jurisdiccional a aquel que es solicitado por los acreedores: "... no puede admitirse que una actividad de los órganos jurisdiccionales, que desemboca en una providencia (declaración de quiebra), con *contenido idéntico y efectos idénticos*, pueda tener naturaleza jurisdiccional o administrativa según la diversa actividad o el diverso impulso procesal que lo promueve"¹⁵⁷.

Rocco critica igualmente a aquellos que le niegan a la quiebra el carácter de verdadero proceso y que lo consideran como una actividad administrativa del Estado: "... asignarle al proceso de quiebra únicamente índole de actividad administrativa, que ni siquiera sería actividad de jurisdicción voluntaria, no obstante estar reservada a los órganos jurisdiccionales, nos parece de todo en todo incongruente... se trata de un proceso propiamente dicho, esto es, de

actividades de las partes y de los órganos jurisdiccionales, que tienen obligación de decidir, acogiendo o rechazando la demanda, en ejercicio de sus funciones, ciertamente jurisdiccionales o administrativas, poco importa, funciones que las normas procesales reglamentan defiriéndolas precisamente a los órganos jurisdiccionales. Se podrá discutir, como en efecto se ha discutido, si la actividad desarrollada es jurisdicción propiamente dicha, o actividad administrativa confiada a los órganos jurisdiccionales; pero no hay duda de que se trata de un fenómeno procesal que implica un verdadero proceso”¹⁵⁸.

Discurrir en prolongadas discusiones doctrinarias sobre naturaleza jurídica de este proceso no tiene ninguna utilidad cuando el conflicto ha sido resuelto por la ley 222 de 1995, que acogió la doctrina que considera que los procesos concursales, concordato y liquidación obligatoria, representan el ejercicio de funciones jurisdiccionales [art. 90].

Como ya se mencionó, en los Estados Unidos, la quiebra [Bankruptcy] es adelantada por Cortes Federales, en el Canadá el proceso se surte igualmente ante los jueces y no ante organismos administrativos, sin embargo en el Canadá el despacho del Superintendente de Bancarrotas [Office of the Superintendent of Bankruptcy] que forma parte de la Superintendencia de Bancarrota

¹⁵⁷ ROCCO, Ugo. Naturaleza del proceso de quiebra y de la sentencia que declara la quiebra. Monografías jurídicas No. 1, Editorial Temis, Bogotá, 1976, p. 8.

¹⁵⁸ ROCCO, Ugo. Op. cit., p. 11.

[Superintendency of Bankruptcy], agencia federal del Estado, "... ayuda a asegurar que las bancarrotas y las insolvencias sean conducidas en forma justa y ordenada"¹⁵⁹, sin que se le hayan atribuido funciones que revistan una naturaleza jurisdiccional pues están reservadas a las cortes del Canadá, esta Superintendencia ejerce solamente funciones administrativas de vigilancia sobre la administración de los negocios de los quebrados por parte de los síndicos de la quiebra [Trustees]; el procedimiento de la bancarrota y las funciones de la mencionada Superintendencia se encuentran regulados por la Ley de Bancarrota e insolvencia [The Bankruptcy and Insolvency Act]¹⁶⁰.

La Superintendencia de Sociedades, en la Circular Externa No. 8 de 1996 determinó que la solicitud de apertura del proceso de liquidación obligatoria sólo puede ser presentada por el deudor, lo que no obsta para que un acreedor informe a la entidad sobre la configuración de los supuestos que dan lugar a la apertura del proceso concursal, a fin de que en ejercicio de las atribuciones a ella conferidas, la Superintendencia determine si hay lugar a la apertura de oficio de la liquidación obligatoria.

¹⁵⁹ Tomado de <http://osb-bsf.ic.gc.ca>.

¹⁶⁰ A esta Superintendencia le corresponde esencialmente supervisar la administración de haciendas en la bancarrota, reorganizaciones comerciales, propuestas de consumidor y sindicaturas; mantener un registro públicamente accesible de actuaciones de insolvencia y bancarrota; la grabación y quejas investigadoras de acreedores, deudores, y miembros del público general con respecto al posible agravio causado por alguien involucrado en el proceso de insolvencia; licenciamiento de fideicomisarios privados del sector para administrar haciendas e imponer normas profesionales para la administración de haciendas. Tomado de <http://osb-bsf.ic.gc.ca>.

En la mencionada circular, la Superintendencia dispuso que los revisores fiscales de personas jurídicas o de sucursales de sociedades extranjeras, los administradores de las personas jurídicas y en especial de las sociedades comerciales y de las sucursales de sociedades extranjeras, tienen la obligación de denunciar ante la superintendencia la situación de crisis económica de la respectiva persona jurídica.

En la liquidación obligatoria adelantada por la superintendencia los siguientes actos de naturaleza jurisdiccional revisten particular importancia¹⁶¹:

a. Providencia que da apertura al trámite, conocido como auto admisorio¹⁶².

Por sus efectos, la apertura del trámite de liquidación obligatoria implica el ejercicio de función jurisdiccional. De conformidad con el art. 151 de la ley 222 tal providencia produce los siguientes efectos:

1. La separación de los administradores de la entidad deudora, en los casos previstos en la ley;

¹⁶¹ En realidad, la mayoría de las actuaciones adelantadas por la Superintendencia dentro del trámite revisten naturaleza jurisdiccional. Así, por citar un ejemplo, la superintendencia ha sostenido que la remoción del liquidador es un acto jurisdiccional, Ver Auto 440 – 6940 de junio 9 de 1999 en Doctrinas y conceptos Jurídicos, Superintendencia de Sociedades, 2000, p. 573.

¹⁶² En este sentido ROCCO, Ugo. Op. cit. p., 83, y REYES VILLAMIZAR, Francisco. Reforma al régimen de sociedades y concursos, Op. cit., p. 313.

2. La exigibilidad de todas las obligaciones a plazo [La apertura del trámite liquidatorio del deudor solidario, no conlleva la exigibilidad de las obligaciones solidarias respecto de los otros codeudores].
3. La disolución de la persona jurídica, que para todos los efectos legales, deberá anunciarse siempre con la expresión “en liquidación obligatoria”, salvo que dentro del trámite se pacte su continuación, caso en el cual tal medida queda sin efecto.
4. La formación de los activos que componen el patrimonio a liquidar;
5. La remisión e incorporación al trámite de la liquidación de todos los procesos de ejecución que se sigan contra el deudor.
6. La preferencia del trámite liquidatorio.

Efectos como la disolución de la sociedad que implica el final de su plenitud jurídica y la cesación de las actividades comprendidas en su objeto social como lo disponen los artículos 222 y 223 del Código de Comercio, la incorporación de los procesos ejecutivos adelantados contra la sociedad al trámite de la liquidación obligatoria y la exigibilidad de todas las obligaciones no pueden tener lugar sino por el ejercicio de una facultad jurisdiccional¹⁶³.

- b. Graduación y calificación de créditos y resolución de objeciones presentadas a los créditos

¹⁶³ Ugo Rocco atribuye a la sentencia de quiebra del derecho italiano, igual al auto admisorio colombiano, una naturaleza declarativa y lo considera “... acto de naturaleza jurisdiccional mixto, objetiva y subjetivamente complejo”, Op. cit., p. 73 y 83 respectivamente.

Como ya se mencionó, al analizar esta providencia dentro del trámite del proceso concordatario; este auto es la manifestación del poder jurisdiccional de la superintendencia en la medida en que esta es llamada por la ley a decidir en derecho sobre las pretensiones de los acreedores y las oposiciones formuladas a los créditos, además, esta providencia determina el orden en que se atenderá el pago de las obligaciones de la sociedad concursada.

c. Decreto y levantamiento de medidas cautelares¹⁶⁴

d. Declaración de terminación de la liquidación

Una vez se pague el pasivo externo y el interno, si es que los activos resultaron suficientes, la superintendencia declarará por auto la terminación del proceso liquidatorio y ordenará el levantamiento de las medidas cautelares, si las hubiere, y se procederá al archivo del expediente.

Si agotados los activos sociales, incluyendo el producto de las acciones de reintegración del patrimonio, quedaren créditos insolutos, la Superintendencia declarará terminado el trámite y ordenará el archivo del expediente.

De la providencia se inscribe una copia en el registro mercantil o en el que corresponda y conllevará la extinción de la entidad deudora; con lo cual se otorga

¹⁶⁴ Ver las consideraciones realizadas al respecto con ocasión del concordato.

a la entidad el poder jurisdiccional de extinguir la personalidad jurídica de la sociedad.

1.4.1. Viabilidad de la acumulación de procesos de liquidación obligatoria

Cabe preguntarse ¿Es jurídicamente admisible la acumulación de dos o más procesos de liquidación obligatoria?. La respuesta es negativa por las siguientes razones:

1. El art. 148 de la ley 222 sólo hace referencia a la acumulación de concordatos, sin hacer referencia a la liquidación obligatoria.
2. El art. 208 de la ley 222, que taxativamente señala las reglas del trámite concordatario que son aplicables al proceso de liquidación obligatoria, no remite al art. 148 ibídem.
3. No es posible que se presenten los requisitos para la acumulación de procesos previstos en el art. 157 del C. de P. C.; basta leer el mencionado artículo para concluir darse que es imposible que existan dos procesos de liquidación obligatoria en los que el deudor sea el mismo.
4. Si el legislador hubiera deseado que fuera posible la acumulación de liquidaciones obligatorias lo hubiera previsto así expresamente en el art. 148 o en el 208 de la ley 222. Por el contrario, si dispuso expresamente la aplicación

del párrafo del art. 148 al hacer referencia al proceso de liquidación obligatoria.

La Superintendencia de Sociedades ha sostenido que la acumulación se justifica en el concordato pero no en el proceso de liquidación obligatoria “En efecto, la liquidación obligatoria no persigue la conservación de la empresa, ni tiene como finalidad propia la celebración de un acuerdo que regule las obligaciones insolutas a cargo del deudor, sino que procura la realización de los bienes para atender todas y cada una de las obligaciones a su cargo, no habiendo un punto que justifique o que haga necesaria o conveniente la acumulación, como sería la posibilidad de celebrar un mismo acuerdo concordatario con el cual se preserve la conservación de la matriz y subordinada. No debe echarse de menos en este análisis el hecho de que la regulación establecida por la ley concursal tiene efectos únicamente procesales y no sustanciales, lo cual significa que cada entidad responderá con sus bienes por sus obligaciones; si los efectos de la acumulación fueran sustanciales resultaría conveniente la aplicación de la figura, pues ello necesariamente incidiría en la forma en que habrían de atenderse las obligaciones a cargo del deudor”¹⁶⁵.

Para finalizar, no sobra mencionar que el artículo 68 de la ley 550 de 1999 introdujo una nueva función jurisdiccional en cabeza de la Superintendencia de Sociedades en el trámite de liquidación obligatoria, al señalar de manera expresa

que la Superintendencia actuará como Juez en el proceso de pago por cesión de bienes que el liquidador adelante contra los acreedores, regulado en los artículos 1672¹⁶⁶ y siguientes del Código Civil. En estos casos se requiere de la intervención de la función jurisdiccional en la medida en que por este proceso se obliga a los acreedores a recibir los bienes del deudor para el pago sus obligaciones aún en contra de su voluntad. Habrá lugar al ejercicio de esta acción cuando no fuere posible la enajenación de los bienes del deudor por parte del liquidador, y luego de ofrecerlos en pública subasta no sean adquiridos en el término de 3 meses.

1.4.3 Importancia de la función jurisdiccional ejercida por la Superintendencia de Sociedades en el proceso de liquidación obligatoria

El proceso de liquidación obligatoria adelantado por la Superintendencia de Sociedades se caracteriza por su complejidad, debido al elevado número de empresas sometidas al trámite¹⁶⁷, sumado al hecho de que las sociedades concursadas no suelen contar con una contabilidad adecuada, ni con dineros

¹⁶⁵ Oficio 220 – 47085 de agosto 10 de 1998, en: Superintendencia de Sociedades, Doctrinas y Conceptos Jurídicos 2000, p. 458.

¹⁶⁶ De conformidad con este artículo, la cesión de bienes es el abandono voluntario que el deudor hace de todos sus bienes, que no tengan la calidad de “no embargables”, a sus acreedores, cuando a causa de accidentes inevitables, no se halla en estado de pagar sus deudas. La cesión de bienes produce la extinción de las deudas hasta la cantidad en que sean satisfechas con los bienes cedidos, y en todo caso, si el deudor adquiere bienes posteriormente habrá de completar el pago con estos. La cesión de bienes no transfiere la propiedad de los bienes del deudor a los acreedores sino solo la facultad de disponer de ellos o de sus frutos hasta pagarse sus créditos [Artículo 1678 C.C.].

¹⁶⁷ Al día 30 de agosto de 2001 se encontraban en proceso de liquidación obligatoria en la Superintendencia de Sociedades 383 sociedades. Datos tomados de www.supersociedades.gov.co.

suficientes para atender el pago de los gastos de administración propios del proceso liquidatorio, y mucho menos con activos suficientes para solucionar sus pasivos, lo cual dificulta la labor de la entidad.

El proceso ha adquirido una singular importancia para el comercio y el conglomerado social, pues existe un interés público en que las obligaciones de las empresas sean atendidas puntualmente y en su totalidad, lo que ha justificado la implantación de medidas tales como la cesión de bienes anteriormente expuesta.

3. Funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades en los acuerdos de reestructuración de la ley 550 de 1999

Con ocasión de la grave crisis económica acontecida en el país en los años 96 y siguientes, fue evidente para la comunidad empresarial y jurídica que la figura del concordato, como instrumento del derecho concursal, diseñado para afrontar la iliquidez o insolvencia en circunstancias ordinarias, era insuficiente para afrontar una crisis como la que se vivía en ese momento, pues el volumen de empresas en concordato superaba las capacidades operativas de la Superintendencia de Sociedades, y su complejo sistema procesal hacía del trámite un suplicio para el deudor y los acreedores.

El Gobierno presentó un proyecto de ley, ideado en el seno de la Superintendencia de Sociedades, con el fin de intervenir en la economía para la reactivación de las empresas, constitucionalmente consideradas como la base del desarrollo¹⁶⁸, con el objeto de dotar a deudores y acreedores de incentivos y mecanismos adecuados para la negociación, diseño y ejecución conjunta de programas que permitieran a las empresas privadas normalizar su actividad productiva y, al mismo tiempo, atender el pago de sus obligaciones.

Este proyecto, luego de varias enmiendas realizadas por el Congreso de la República y de la inclusión de modificaciones propuestas por la DIAN, se convirtió en la Ley 550 de 1999, conocida como la ley de reactivación económica.

El principal aporte de esta ley es la creación de los acuerdos de reestructuración, figura que viene a sustituir temporalmente al concordato como mecanismo de superación de la crisis empresarial. Para la adecuada celebración y ejecución de estos acuerdos, la ley otorgó amplias funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades, razón por la cual se hace imperativo que en esta monografía se estudie, así sea someramente, el régimen de los acuerdos de reestructuración previstos en la nueva ley.

¹⁶⁸ Así lo dispone de manera clara el inciso tercero del artículo 133 de la Constitución Política.

3.1. Acuerdos de reestructuración - Noción

Es necesario empezar por definir el acuerdo de reestructuración; para ello se transcribe el inciso primero del artículo 5° de la ley 550 de 1999 que lo define de la siguiente manera:

“Se denomina acuerdo de reestructuración la convención que, en los términos de la presente ley, se celebre a favor de una o varias empresas con el objeto de corregir deficiencias que presenten en su capacidad de operación y para atender obligaciones pecuniarias, de manera que tales empresas puedan recuperarse dentro del plazo y en las condiciones que se hayan previsto en el mismo”.

Se trata, como la ley lo señala, de un contrato por el cual los acreedores de una “empresa viable” [Más adelante se aclarará el concepto de empresa viable] acuerdan en forma extrajudicial, con la colaboración de un Promotor, las condiciones en que la empresa deudora corregirá las deficiencias que presente en su capacidad de operación y en las que atenderá el pago de sus obligaciones pecuniarias, de manera que la empresa pueda recuperarse dentro del plazo y en las condiciones que se hayan previsto en el acuerdo.

Este mecanismo se caracteriza por su naturaleza contractual, a diferencia del concordato, regulado por la ley 222 de 1995 como un proceso judicial adelantado

por la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de funciones jurisdiccionales. El legislador consideró que era necesaria la intervención de una de sus autoridades para brindar seguridad al trámite, pero infortunadamente en virtud de ello se sacrificó la celeridad. En efecto, a pesar de que la Superintendencia de Sociedades es una de las entidades del Estado que se destaca por su eficiencia, el volumen y número de las empresas en concordato superó la capacidad de la entidad, a la que se le asignó la dirección de los concordatos buscando "... la descongestión de despachos judiciales aprovechando la infraestructura y la experiencia que sobre el particular tiene la administración y adicionalmente considerando que este tipo de procesos son muchas veces más económicos que jurídicos lo que facilita un trámite ante una autoridad administrativa que ejerza funciones jurisdiccionales"¹⁶⁹.

La ley 550 de 1999, como lo señala su exposición de motivos "Sin desconocer que el trámite concordatario en manos de la Superintendencia de Sociedades se adelanta en forma más ágil que mediante la justicia ordinaria, en el presente proyecto - en el cual, por cierto, no se deroga, sino que simplemente se suspende el actual régimen concursal- se parte de la base de que la crisis empresarial generalizada debe afrontarse con instrumentos que no tengan la naturaleza de procesos jurisdiccionales, es decir, que debe consagrarse la desjudicialización de los mecanismos de recuperación empresarial; y como alternativa frente al concordato vigente, se propone un acuerdo entre los acreedores de la empresa

¹⁶⁹ Exposición de motivos de la ley de intervención económica, tomado de www.supersociedades.gov.co/.

que es una convención colectiva vinculante para el empresario y todos los acreedores”¹⁷⁰.

Por lo tanto, los acuerdos de reestructuración que comentamos se caracterizan por no ser un proceso judicial y por no requerir la aprobación por parte de una autoridad investida de jurisdicción, es decir, el acuerdo reviste una naturaleza contractualista y extrajudicial.

En el acuerdo de reestructuración de la ley 550 de 1999 las partes del trámite negocian los términos en que se buscará la conservación de la empresa, con la colaboración de un tercero imparcial denominado *Promotor*, quien tiene funciones de amigable componedor para determinar los derechos de voto de los acreedores y sus respectivas acreencias¹⁷¹.

Como antecedentes de este “contractualismo” en la solución de crisis empresariales podemos citar:

- *Conciliación*

¹⁷⁰ Exposición de motivos de la ley de intervención económica, tomado de www.supersociedades.gov.co/.

¹⁷¹ En la ley 550 de 1999, el empresario no es parte en el acuerdo, por lo cual no tiene derecho de voto, y menos un poder de veto, sino que por el contrario las partes en la negociación son los acreedores, clasificados en acreedores internos y acreedores externos. Son clasificados como acreedores internos los accionistas, socios, asociados o cooperados del empresario que tenga forma jurídica asociativa y, en general, el propietario, socio o controlante que haya aportado bienes al desarrollo de la empresa en forma demostrable y cuantificable, cuyo derecho de voto propio se calcula con base en el valor patrimonial de su participación; por lo tanto su voto se suma al de los acreedores externos para que sea la mayoría absoluta de todos ellos la que

A pesar de que la Corte Constitucional declaró inexecutable [Sentencia C-180 de 1997, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz] parte del numeral segundo del artículo 7 del Decreto Extraordinario 1080 de 1996 que permitía que la Superintendencia de Sociedades por medio de su oficina de conciliación y arbitramento actuara como conciliadora en la solución de las crisis económicas de las sociedades que no les permitieran atender el pago regular de sus obligaciones mercantiles de contenido patrimonial, en muchas ocasiones, empresarios en situaciones de crisis, que no revestían la gravedad requerida para convocar al trámite del concordato, recurrían a la Superintendencia de Sociedades para que en su función conciliadora mediara entre el empresario y sus acreedores para llegar a un acuerdo que permitiera superar la crisis y evitar que la empresa tuviera que acceder al complejo trámite concordatario.

No debemos dejar de mencionar que la conciliación seguirá siendo una alternativa importante para superar crisis empresariales para aquellos que no cumplan los complejos requisitos necesarios para acceder a los acuerdos de reestructuración previstos en la ley 550 de 1999.

- *Los acuerdos preconcursales del derecho comparado*

Este mecanismo de solución de la crisis empresarial no es extraño en el derecho comparado. Así, en la exposición de motivos de la ley en estudio, se citan como

decida acerca del acuerdo de reestructuración. Son acreedores externos los titulares de créditos demostrables

ejemplos el acuerdo amigable de la ley francesa 84-148 del 1 de marzo de 1994¹⁷² y el acuerdo preventivo extrajudicial de la ley argentina de Concursos y Quiebra 24.522 de 1995.

- *Circular 39 de la Superintendencia Bancaria*

Para evitar la tramitación de un concordato muchas empresas intentaron negociar acuerdos sobre condiciones de pago de sus acreencias con los bancos, proveedores y acreedores; pero estas iniciativas no tenían mayor reglamentación que la que se prevé para las conciliaciones, razón por la cual “En su afán por apoyar estos procesos, el gobierno instó a la Superintendencia Bancaria a emitir la circular 039 en la que estableció mejores condiciones para celebrar reestructuraciones de pasivos para capitalizar acreencias y bajar provisiones. Esta circular dejó un balance positivo al cierre de diciembre, pero no incluyó aspectos laborales y tributarios”¹⁷³.

- *Los acuerdos preconcursales del artículo 60 de la Ley 508 de 1999, Plan Nacional de Desarrollo.*

que pertenezcan a una cualquiera de las cinco clases de créditos previstas en el Código Civil.

¹⁷² Sobre este acuerdo (règlement amiable), que tiene por objeto que el deudor pueda llegar a un “accord amiable” con sus acreedores puede consultarse: TONÓN, Antonio, El acuerdo preconcursal francés, en Revista del Derecho Comercial y de las obligaciones, año 18, 1985, Nos. 103 a 108, Buenos Aires, Editorial Depalma, p. 337 y siguientes.

¹⁷³ Revista Dinero, No. 100, enero 28 del 2000, p. 107. En esta publicación se señala que bajo la vigencia de la circular 39 se reestructuraron 347 créditos con entidades financieras por \$1’305.767 millones, p. 108.

El art. 60 del Plan Nacional de Desarrollo 1999 – 2003 es el antecedente inmediato de la ley 550 de 1999, en él se señaló la posibilidad de que los empresarios gestionaran la celebración de acuerdos con sus acreedores para evitar el adelantamiento de un proceso concursal, bien fuera el concordato o liquidación obligatoria. La norma señala:

“ ART. 60.—Acuerdos preconcursales. Con el fin de prevenir el inicio de procesos concursales, todo deudor que esté cumpliendo con sus obligaciones en materia de contabilidad mercantil, podrá celebrar acuerdos preconcursales. El gobierno reglamentará la materia, incluyendo pero sin limitarse a requisitos de validez de los acuerdos, anexos de los acuerdos, publicidad de los acuerdos, efectos del acuerdo, garantías de cumplimiento de los acuerdos, y prelación de créditos en acuerdos preconcursales. Dichos acuerdos y sus contratos accesorios no causarán impuesto de timbre.

Los particulares podrán promocionar y gestionar la celebración de acuerdos preconcursales y podrán además actuar como árbitros, conciliadores o mediadores. El gobierno reglamentará la materia.

La Superintendencia de Sociedades cumplirá las funciones de mediación previstas en este artículo tratándose de acuerdos cuya celebración haya sido promovida o llevada a cabo con su participación”.

El gobierno nacional en vez de reglamentar los acuerdos previstos en esta norma prefirió presentar el proyecto de ley de intervención económica y permitir la reestructuración de pasivos financieros a través de la circular 39 de la Superintendencia Bancaria¹⁷⁴, motivado seguramente por el riesgo de que la Corte Constitucional declarara inexecutable el Plan Nacional de Desarrollo por vicios de trámite, lo cual en efecto ocurrió¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Al respecto ver Revista Dinero, No. 94, octubre 8 de 1999, p. 66.

3.2. Ambito de aplicación de la ley 550 de 1999

El ámbito de aplicación de la ley determina las empresas que pueden acceder a la celebración de los acuerdos de reestructuración económica y los demás beneficios previstos en la ley de reactivación.

De conformidad con los artículos 1 y 6 de la ley 550, se deben reunir los siguientes requisitos:

1. Debe tratarse de una empresa, en los términos señalados en la primera parte del artículo 25 del Código de Comercio¹⁷⁶.

La ley prevé que los acuerdos también puedan ser celebrados por las entidades territoriales, con sujeción a varias disposiciones especiales.

2. Esta empresa debe operar en el territorio nacional.
3. El empresario, titular de la empresa reestructurable, debe ser persona jurídica¹⁷⁷, de cualquier clase, nacional o extranjera, sin importar si es de

¹⁷⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-557 del 16 de mayo de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁷⁶ A pesar de que el artículo 25 del Código de Comercio exige que la empresa se desarrolle a través de uno o más establecimientos de comercio, la parte final del inciso segundo del artículo primero de la ley dispone que la actividad “no tendrá que realizarse mediante establecimientos de comercio, y la persona que la organice se denominará empresario, aunque no tenga el carácter de comerciante”, disposición con la cual se permite que fundaciones, corporaciones y asociaciones sin ánimo de lucro accedan a la celebración de acuerdos de reestructuración siempre que ejecuten actividades de naturaleza mercantil, lo mismo que empresas dedicadas

carácter privado, público o de economía mixta¹⁷⁸. Sin embargo, no pueden acceder a este trámite las empresas vigiladas por las Superintendencias Bancaria y de Economía Solidaria que ejerzan actividad financiera y de ahorro y crédito, de las Bolsas de Valores y de los intermediarios de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios sujetos a la vigilancia de la Superintendencia de Valores¹⁷⁹.

La ley permite su aplicación a las sucursales de sociedades extranjeras, a pesar de que no ser personas jurídicas, sino simples establecimientos de comercio.

4. La actividad empresarial debe corresponder a actos y operaciones previstos en una cualquiera de las siguientes normas¹⁸⁰:

- Artículo 20 del Código de Comercio.
- Artículo 5º de la ley 256 de 1996.
- Artículo 11 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

al comercio electrónico, que debido a la índole de esta actividad económica carecen en algunas oportunidades de un establecimiento de comercio.

¹⁷⁷ La Superintendencia de Sociedades en oficio 220 – 59271 de septiembre 11 de 2000 señaló que las sociedades de hecho no pueden acceder a la promoción de un acuerdo de reestructuración económica.

¹⁷⁸ Como consecuencia lógica, el párrafo primero dispone que las empresas desarrolladas mediante contratos o patrimonios que no tengan como efecto la personificación jurídica no pueden acceder a la celebración de estos acuerdos en forma separada o independiente del respectivo o respectivos empresarios persona jurídica.

¹⁷⁹ El artículo 46 de la ley 590 de 2000, adicionó un tercer párrafo al artículo 1º de la ley 550 de 1999, conforme al cual los acuerdos concordatarios celebrados entre una persona natural comerciante y sus acreedores producirán los efectos de los acuerdos de reestructuración de la ley 550 de 1999.

¹⁸⁰ La Superintendencia de Sociedades, en oficio 220 – 41235 de junio 21 de 2000 señaló que las sociedades civiles no pueden acceder al trámite de un acuerdo de reestructuración

- Literal b del artículo 2º de la ley 527 de 1999 sobre comercio electrónico, que abarca, por definición legal, las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar¹⁸¹.
5. La empresa o empresas a favor de las cuales se pretenda celebrar el acuerdo deben ser reestructurables o viables, entendiendo por empresas reestructurables aquéllas cuyos acreedores internos y externos consideren recuperables de cumplirse el respectivo acuerdo de reestructuración. Por lo tanto, aquellas empresas insolventes que a consideración de sus acreedores internos y externos¹⁸² no son recuperables no podrán acceder a estos acuerdos de reestructuración, y por consiguiente deberán ser liquidadas bajo el proceso concursal de liquidación obligatoria previsto en la ley 222 de 1995.
6. La empresa debe estar incumpliendo el pago, por más de 90 días, de dos o más obligaciones mercantiles contraídas en desarrollo de la empresa, o deben

¹⁸¹ La ley 527 señala que las relaciones de índole comercial originadas por el comercio electrónico comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles y de seguros; de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera.

¹⁸² A tal conclusión se llega con la lectura del artículo 28 de la ley 550, en que se obliga al promotor a convocar a los acreedores a una reunión cuando considere que la empresa no es viable, so pena de incurrir en responsabilidad civil; los acreedores por votación decidirán si consideran viable o no a la empresa deudora.

existir en su contra dos o más demandas ejecutivas para el pago de obligaciones mercantiles¹⁸³.

7. El monto de las obligaciones incumplidas, en cualquiera de los casos del numeral anterior, debe representar no menos del 5% del pasivo corriente de la empresa.

3.3. Vigencia de la ley

A semejanza de los decretos de descongestión judicial, el artículo 79 de la ley dispone que esta regirá durante cinco años, contados a partir del 30 de diciembre de 1999, y durante el mismo plazo se aplicará de preferencia sobre cualquier norma legal, incluidas las tributarias, que le sean contrarias.

En una primera aproximación a esta disposición podría pensarse que mediante ella se derogó la regulación sobre el concordato previsto en la ley 222 de 1995, pero la exposición de motivos es clara en señalar que realmente la ley 550 de 1999 simplemente suspende la aplicación de estas normas a partir de su vigencia, las cuales se seguirán aplicando a las empresas admitidas al trámite concordatario

¹⁸³ El temor razonable del deudor de llegar a esta situación de insolvencia no es suficiente para acceder a la tramitación de un acuerdo de reestructuración, a diferencia de lo que sucedía con el concordato de conformidad con el numeral 2º del art. 91 de la ley 222 de 1995.

antes del 30 de diciembre de 1999. Las normas sobre liquidación obligatoria permanecen vigentes con algunas modificaciones introducidas por la nueva ley.

Sobre la vigencia de la ley Reyes Villamizar señala: “Así, una vez que expire su término inicial, se decidirá, a la luz de su mayor o menor eficacia, si se proroga su vigencia, si se convierte en legislación permanente o si se reviven las disposiciones anteriores a su expedición (es decir, la Ley 222 de 1995, en materia de concordatos)”¹⁸⁴.

Los acuerdos celebrados al amparo de la ley se ejecutarán por el plazo y en las condiciones previstos en ellos con sujeción a sus disposiciones, las cuales se entienden incorporadas en tales acuerdos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la ley 153 de 1887¹⁸⁵.

3.4. Trámite de los acuerdos de reestructuración

A continuación se resumen brevemente las etapas del trámite de un acuerdo de reestructuración:

1. **Solicitud de promoción del acuerdo:** La solicitud de promoción del acuerdo se presenta ante la Superintendencia de Sociedades cuando se trata de

¹⁸⁴ REYES VILLAMIZAR, Francisco. “Acuerdos de reestructuración empresarial, un alivio indispensable”, Publicación Ambito Jurídico, Separata academia foro Justicia, Año III, No. 53, 27 de marzo a 3 de abril del 2000, p. 1.

empresarios bajo su vigilancia o control, sucursales de sociedades extranjeras, y de sociedades con domicilio en Bogotá o en las ciudades en donde se encuentran las Intendencias Regionales de la misma. Los demás empresarios presentaran la solicitud ante la superintendencia que los vigile o la Cámara de Comercio de su domicilio, según los factores de competencia establecidos en la ley 550. A la entidad ante la cual se presenta la solicitud se le denomina *nominador*¹⁸⁶. En la circular externa 1 de 2001, la Superintendencia de Sociedades determinó su competencia para tramitar solicitudes de promoción de acuerdos de reestructuración, y los requisitos formales y anexos de la solicitud. La solicitud de promoción puede ser presentada por el deudor (Empresario) o por uno o varios de sus acreedores. El trámite también puede iniciarse por la actuación oficiosa de la superintendencia que ejerce la vigilancia o control sobre el empresario.

- 2. *Aceptación por el Nominador y designación del promotor:*** Aceptada por el nominador la solicitud de promoción del acuerdo de reestructuración, este procederá a la designación del Promotor, quien deberá estar inscrito en la lista

¹⁸⁵ Inciso primero del artículo 38 de la ley 153 de 1887: “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”.

¹⁸⁶ Sobre la facultad de las cámaras de comercio de actuar como nominadoras y de designar los promotores, la Corte Constitucional ha sostenido que no se trata de funciones jurisdiccionales sino de funciones de naturaleza administrativa, señalando que “... entre otras razones porque el propósito de la Ley 550 de 1999 es, justamente, desjudicializar la solución de los conflictos que se han producido a raíz de las crisis empresariales, por lo cual permite acudir a un mecanismo extrajudicial y de naturaleza contractual, como lo es el “acuerdo de reestructuración”... Por eso las expresiones acusadas [Inciso 4º del artículo 6º y el inciso 1º y el párrafo 3º del artículo 7º de la ley 550 de 1999] no confieren la facultad de dirimir conflictos entre particulares, ni entre particulares y entidades estatales, ni entre éstas entre sí. Tampoco asignan facultades de ejecución judicial, ni ningún género de jurisdicción. De su tenor literal no es posible extraer esa conclusión”. Sentencia C-1319 del 27 de septiembre de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, Exp.: D-2902. En ésta misma

de promotores que lleva la Superintendencia de Sociedades, y que se encuentra regulada por el Decreto 90 de 2000. Entre las funciones del Promotor, sin duda la más importante es la de proponer fórmulas de arreglo acompañadas de la correspondiente sustentación, y evaluar la viabilidad de las que se examinen durante la negociación.

El promotor participa en la negociación del acuerdo con el fin de analizar y elaborar las formulas de arreglo con los acreedores del empresario, en sus aspectos financieros, administrativos, contables, legales y demás que se requieran, para lo cual puede contar con la colaboración de asesoría de peritos expertos, incluso en el campo legal.

3. **Publicidad e inicio del acuerdo de reestructuración:** En la misma fecha de designación del promotor, el nominador fijará en sus oficinas por un término de 5 días, un escrito que informe acerca de la promoción del acuerdo. Dentro del mismo plazo, el promotor inscribirá el aviso en el registro mercantil de las cámaras de comercio con jurisdicción en los domicilios del empresario y en los de las sucursales que éste posea, y también deberá informar de la iniciación de la negociación del acuerdo de reestructuración mediante aviso publicado en un diario de amplia circulación en el domicilio del empresario y en los de las sucursales que éste posea. La negociación del acuerdo se entenderá iniciada a partir de la fecha de fijación del escrito de la entidad nominadora, sin perjuicio

sentencia, la Corte señaló que las funciones de los peritos y los promotores tampoco conllevan el ejercicio de

de que se tramiten las recusaciones que lleguen a formularse en relación con los promotores.

4. **Determinación de acreencias y derechos de voto:** El Promotor, en calidad de amigable componedor, determina la existencia de las acreencias y su valor, atendiendo a los parámetros que para ciertas obligaciones fijó la ley 550. Con base en el valor de las acreencias, el Promotor determina los derechos de voto (Número de votos) de cada acreencia.

5. **Audiencia de fijación de derechos de voto y acreencias:** En una reunión que se debe adelantar en un plazo máximo de 4 meses desde el nombramiento del Promotor, este comunicará a los interesados el número de votos admisibles y la determinación de la existencia y cuantía de las acreencias. Las objeciones que se presenten al respecto pueden ser decididas en esta audiencia.

6. **Objeciones a la determinación de acreencias o derechos de voto:** Cualquier acreedor o administrador puede objetar la fijación de derechos de voto y acreencias ante la Superintendencia de Sociedades dentro de los 5 días siguientes a la terminación de la audiencia de fijación de derechos de voto y acreencias.

7. Negociación, votación y celebración del acuerdo: Dentro de los 4 meses siguientes a la determinación de los derechos de voto (Por decisión del promotor o de la Superintendencia) deberá celebrarse el acuerdo de reestructuración, so pena de que se decrete la apertura del proceso de liquidación obligatoria del deudor. Los votos y clases de acreedores que deben votar el acuerdo están definidos en la ley, así como aquellos acreedores que tienen derecho de veto sobre la celebración del acuerdo¹⁸⁷. El acuerdo deberá constar por escrito¹⁸⁸.

8. Ejecución del acuerdo: El acuerdo debe ejecutarse en el plazo señalado en el mismo. Su terminación por incumplimiento del deudor puede dar lugar a la apertura del proceso de liquidación obligatoria. El acuerdo debe prever la constitución de un comité de vigilancia de su ejecución, el cual estará compuesto por acreedores internos y externos del empresario y por el

¹⁸⁷ La formula de arreglo entre los acreedores debe ser aprobada con una mayoría inferior a la prevista en el concordato. Así, en los acuerdos de reestructuración se requiere un numero de votos igual o superior al cincuenta por ciento más uno del total de votos de todos los acreedores [mayoría absoluta] internos y externos de la empresa, siempre que se conforme con votos provenientes de por lo menos una de las 3 clases de créditos señalados en el artículo 29 de la ley.

¹⁸⁸ En la exposición de motivos de la ley de intervención se señala que las reglas sobre prelación de créditos consagradas en el Código Civil [Art. 2488 y siguientes], aplicables a casos de insuficiencia de bienes del deudor para el pago de sus obligaciones, por su carácter imperativo hacían difícil la negociación de los concordatos debido a las sobre – garantías existentes a favor de las entidades financieras y el desinterés de los acreedores quirografarios [créditos de quinta clase] por arriesgar recursos en el salvamento de las empresas en concordato. Para corregir esta situación, y permitir la elaboración de formulas de arreglo “atractivas” para los acreedores quirografarios, se permite que los acreedores puedan establecer libremente una prelación contractual que surja de la negociación, así los acreedores de menor categoría pueden desplazar a los de mayor en las formulas de pago, incluso obteniendo preferencia en el pago sobre los créditos de primera clase [laborales y fiscales]. Para aprobar una formula de arreglo que altere el orden legal de prelación de créditos se requiere el voto favorable de un número plural de acreedores que representen por lo menos el sesenta por ciento de los acreedores internos y externos de la empresa [numeral 12 art. 34]. En la exposición de motivos de la ley se señala que en el derecho comparado no es extraña la revisión de las prelaciones; señalando que en países como Dinamarca y Austria se han reducido e, incluso, suprimido, los privilegios de los créditos tributarios.

promotor. Además de vigilar la ejecución, el comité tiene la facultad de interpretar y modificar el acuerdo, entre otras.

3.5. Funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades en el trámite de estos acuerdos

La ley 550 de 1999 otorgó múltiples funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades¹⁸⁹. A continuación procederemos a exponer aquellas que a nuestro juicio son de mayor importancia.

3.5.1. Reconocimiento de presupuestos de ineficacia

La ley 550 de 1999 otorga a la Superintendencia de Sociedades la función jurisdiccional de reconocer los presupuestos de la ineficacia en dos artículos distintos. Uno de carácter general y otro de carácter particular. Empezaremos por el segundo.

a. Conflictos sobre contratos de tracto sucesivo

¹⁸⁹ Sobre el particular Gilberto Peña Castrillón señala “La última perspectiva desde donde se debe analizar esta ley o en donde conviene también ubicarla es en la clarificación y creciente atribución de funciones jurisdiccionales a funcionarios administrativos (superintendentes de toda clase, por ejemplo..”. El acuerdo de reestructuración en la ley 550 de 1999, en Revista Jurisconsulta No. 4 año 2000 – Reestructuración de empresas en crisis, Cámara de Comercio de Bogotá, p. 66.

Consagra el artículo 15 de la ley 550 una importante regla conforme a la cual por el hecho de la promoción o iniciación de la negociación de un acuerdo de reestructuración, no podrá decretarse la caducidad administrativa de los contratos celebrados entre el Estado y el empresario. Consideramos que con esta disposición se busca evitar que un empresario no acuda a la promoción de un acuerdo de reestructuración por temor a que esto implique la declaratoria de caducidad o incumplimiento de sus contratos.

A su vez, la misma norma consagra dos eventos de ineficacia, a saber:

- Se tendrá por no escrita (ineficaz) la cláusula de un contrato de tracto sucesivo que disponga que la promoción o iniciación del acuerdo de reestructuración de una de las partes del contrato sea causal de terminación del mismo.
- Son ineficaces las estipulaciones que formen parte de cualquier acto o contrato y que tengan por objeto o finalidad impedir u obstaculizar directa o indirectamente la promoción, la negociación o la celebración de un acuerdo de reestructuración, mediante la terminación anticipada de contratos, la aceleración de obligaciones, la imposición de restricciones y, en general, a través de cualquier clase de prohibiciones, solicitud de autorizaciones o imposición de efectos desfavorables para el empresario que negocie o celebre un acuerdo de reestructuración.

Para dar cumplimiento a las mencionadas disposiciones, las discrepancias sobre la ineficacia de una estipulación como las arriba mencionadas serán decididas a solicitud del empresario o de cualquier acreedor por la Superintendencia de Sociedades, en ejercicio de funciones jurisdiccionales¹⁹⁰, mediante el procedimiento verbal sumario.

De reconocerse por parte de la superintendencia la ineficacia de una de las mencionadas estipulaciones, *“... la Superintendencia tendrá la facultad sancionatoria consistente en ordenar que los créditos derivados de tales contratos se paguen con posterioridad a la cancelación de los demás pasivos y que se levanten o cancelen las garantías otorgadas”*¹⁹¹.

b. Competencia general

Además del evento arriba mencionado, el artículo 37 de la ley 550 dispone que la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de funciones jurisdiccionales y de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 116 de la Constitución Política, en única instancia y a través del procedimiento verbal sumario, será la competente para dirimir judicialmente las controversias

¹⁹⁰ El artículo 15 de la ley 550 de 1999 es claro en calificar como jurisdiccional esta función.

relacionadas con la ocurrencia y reconocimiento de cualquiera de los presupuestos de ineficacia previstos en esa misma ley¹⁹².

Sobre esta función señala el Profesor Saúl Sotomonte *“Sin tener en cuenta que la ineficacia es un fenómeno jurídico originado en factores extrínsecos a la relación jurídica, que no requiere declaratoria judicial alguna, se insiste que la entidad es la competente para pronunciarse sobre los presupuestos propios de la misma, lo que en el fondo implica de manera consecencial su declaratoria”*¹⁹³.

3.5.2. Resolución de las objeciones a la determinación de acreencias y derechos de voto

El artículo 26 de la ley 550 de 1999 dispone que cualquier acreedor interno o externo, o un administrador del empresario con facultades de representación, que tenga una objeción a las decisiones del promotor respecto a la determinación del monto o existencia de las acreencias y de los derechos de voto, y que no pueda

¹⁹¹ ALVAREZ VEJARANO, Claudia. Op. cit., p. 78.

¹⁹² Entre los varios presupuestos de ineficacia previstos en la ley 550 de 1999 y que la Superintendencia podrá reconocer en ejercicio de esta competencia general podemos citar los siguientes: a) Literal d del párrafo segundo del artículo 14: La ineficacia de la enajenación de inmuebles por parte de garantes del empresario que hayan sido cobijados con las medidas de limitación a los derechos de los acreedores prevista en ese mismo párrafo, esto es, respecto a los inmuebles destinados a la vivienda del garante; y b) La ineficacia de los actos del empresario celebrados en contravención al artículo 17 de la ley, esto es, actos tales como las daciones en pago y las fiducias mercantiles sin la autorización de la Superintendencia que supervise al respectivo empresario o a su actividad.

ser resuelta en la reunión en la cual se comunica a los acreedores la determinación de las acreencias y sus derechos de voto prevista en el artículo 23 *Ibidem*, tiene la facultad, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de terminación de dicha reunión, de solicitar por escrito a la Superintendencia de Sociedades que resuelva su objeción.

La Superintendencia resolverá dicha objeción, en única instancia, mediante el procedimiento verbal sumario¹⁹⁴, pronunciándose a manera de árbitro, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 435 del Código de Procedimiento Civil¹⁹⁵.

La Superintendencia resolverá todas las objeciones presentadas en tiempo sobre el particular y la providencia respectiva, una vez en firme, permitirá al promotor establecer con certeza los votos admisibles y los créditos que han de ser objeto del acuerdo de reestructuración.

¹⁹³ SOTOMONTE SOTOMONTE, Saúl. Comentarios a la Ley de intervención económica, en Revista Jurisconsulta No. 4 año 2000 – Reestructuración de empresas en crisis, Cámara de Comercio de Bogotá, p. 55.

¹⁹⁴ En la exposición de motivos de la ley 550 de 1999 se señala que con esta función se aprovecha la especialización y experiencia adquirida por esa entidad en la materia, preservando la descongestión de la justicia ordinaria en esa materia; pero precisando la pertinencia de la función judicial en los casos en que ella se requiere. Así mismo, se afirma que en la actualidad la etapa más extensa y complicada del trámite concordatario es la graduación y calificación judicial de créditos, una instancia sujeta a las dilaciones propias de los recursos y de las demoras procesales, adecuada para situaciones ordinarias y dotada de la certeza propia del proceso judicial. Por esta razón, en la ley se prevé que la determinación del valor de las acreencias quede a cargo del promotor.

¹⁹⁵ El numeral 10º del artículo 435 del C. de P. C. dispone que se tramitaran mediante el proceso verbal sumario, en única instancia, aquellos asuntos que alguna disposición legal ordene que deban ser resueltos por el Juez “con conocimiento de causa, o breve y sumariamente, o a su prudente juicio, o a manera de árbitro”.

El párrafo del artículo comentado dispone que la Superintendencia habrá de resolver las diferencias con base en los documentos que hayan sido considerados por el promotor, quien los remitirá de inmediato para que ésta resuelva.

Si se requiere la práctica de avalúos para efectos de resolver la objeción, se dará aplicación a los artículos de la ley referentes a la designación de evaluadores [60, 61 y 62]; y el objetante, al formular su objeción, deberá acompañarla con la prueba correspondiente al avalúo en que se fundamente, practicado de conformidad con lo dispuesto en la misma ley 550 de 1999, so pena de rechazo de la misma.

Sobre esta función señala el Profesor Reyes Villamizar "... para garantizar el derecho de defensa de todos los que se consideren afectados por la determinación de derechos de voto y de acreencias, cuyas objeciones no pudieren haber sido resueltas en la reunión prevista en la ley para ese efecto, los acreedores tendrán la posibilidad de presentar objeciones ante la Superintendencia de Sociedades. Estas serán tramitadas mediante un proceso verbal sumario. La mencionada entidad asume, en los términos del artículo 26 del mismo estatuto, facultades jurisdiccionales para resolver sobre el particular"¹⁹⁶.

¹⁹⁶ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Algunas innovaciones al derecho concursal, en la ley de intervención económica, en Revista Jurisconsulta No. 4 año 2000 – Reestructuración de empresas en crisis, Cámara de Comercio de Bogotá, p. 22.

3.5.3. Conflictos sobre la existencia, validez, eficacia y oponibilidad del Acuerdo

El inciso primero del artículo 37 de la ley 550 de 1999 dispone expresamente, de manera clara e inequívoca, que la Superintendencia de Sociedades ejercerá funciones jurisdiccionales para resolver en única instancia, esto es, sin lugar a apelación, y a través del procedimiento verbal sumario, todas las controversias relacionadas con la ocurrencia y reconocimiento de cualquiera de los presupuestos de ineficacia previstos en esa misma ley, con lo cual es evidente que el legislador considera que la facultad de reconocer los presupuestos de ineficacia es una función de naturaleza jurisdiccional.

A renglón seguido, la misma disposición señala que las demandas relacionadas con la existencia, eficacia, validez y oponibilidad del acuerdo o de la celebración del mismo o de alguna de sus cláusulas, sólo podrán ser intentadas ante la Superintendencia, a través del procedimiento verbal sumario, en única instancia, con los siguientes condicionamientos:

- a. La acción sólo puede ser intentada por los acreedores que hayan votado en contra del acuerdo.
- b. La acción deberá intentarse dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de celebración del acuerdo. Es decir, la acción tiene término de caducidad.

Esta función, al igual que la anterior, tiene un evidente carácter jurisdiccional, puesto que la Superintendencia actuará con el propósito de resolver un conflicto entre particulares.

Para el ejercicio de estas funciones jurisdiccionales el inciso tercero del artículo mencionado, faculta a la Superintendencia, bien de oficio o a petición de parte, sin necesidad de caución, para decretar el embargo y secuestro de bienes o la inscripción de la demanda, o cualquier otra medida cautelar que a su juicio sea útil en atención al litigio. Como es obvio, estas medidas se sujetan a las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Civil.

3.5.4. Conflictos con ocasión de la terminación y ejecución del Acuerdo

El inciso segundo del artículo 37 de la ley 550 de 1999 determina que la Superintendencia de Sociedades será competente para resolver, en única instancia, a través del procedimiento verbal sumario, cualquier diferencia surgida con ocasión de la ejecución o terminación del acuerdo¹⁹⁷, distinta de la ocurrencia de un presupuesto de ineficacia de los previstos en la misma ley, entre las siguientes personas:

- a. El empresario y las partes,

- b. Las partes, o
- c. Entre el empresario o las partes con los administradores de la empresa.

Al igual que en la función anterior, es evidente su naturaleza jurisdiccional. Así mismo, la Superintendencia tiene la facultad de decretar las medidas cautelares del caso, función que, como se mencionó al referirnos al proceso concordatario, también tiene naturaleza jurisdiccional.

3.5.5. Declaración de incumplimiento de obligaciones a cargo de los acreedores

El acuerdo de reestructuración impone ciertas obligaciones a los acreedores tales como la de abstenerse de iniciar procesos de cobro contra los codeudores del empresario en ciertos eventos [Numeral 2º artículo 34], además de la posibilidad de que asuman otras obligaciones [v.g. otorgamiento de créditos al empresario].

Para darle efectividad a estas obligaciones y reforzar el carácter contractual del acuerdo de reestructuración, el artículo 38 de la ley 550 de 1999 facultó a la Superintendencia de Sociedades para declarar, mediante el trámite del proceso verbal sumario, en única instancia, el incumplimiento de alguna obligación derivada del acuerdo a cargo de algún acreedor. Si de la declaración se deriva

¹⁹⁷ Entre tales diferencias se incluyen las que se refieran a la ocurrencia de causales de terminación del acuerdo.

una obligación susceptible de ser cobrada mediante el proceso ejecutivo, dicho proceso habrá de adelantarse ante la justicia ordinaria.

El párrafo del mismo artículo señala que cuando el incumplimiento de los acreedores constituya un evento de incumplimiento y dé lugar a la terminación del acuerdo, el empresario o cualquier acreedor podrá demandar la indemnización de los perjuicios; y sólo una vez terminado el proceso correspondiente, podrán atenderse los créditos que el acreedor demandado pueda exigir a la empresa. La redacción del artículo no es clara en señalar si la declaración y condena de estos perjuicios corresponde a la Superintendencia de Sociedades o la jurisdicción ordinaria.

Considerando que las funciones jurisdiccionales de las entidades administrativas deben ser interpretadas de manera restrictiva, como ya se ha expuesto, la conclusión habrá de ser que la declaración y condena de tales perjuicios corresponde a la Jurisdicción ordinaria, y mientras tal proceso no sea decidido no podrán atenderse los créditos que el acreedor demandado pueda exigir a la empresa. La misma norma señala que en caso de que se declare el incumplimiento del acreedor, la atención de sus créditos se postergará al previo pago de los demás pasivos externos, previa deducción del valor correspondiente a la condena por daños, que se entenderá proferida a favor de todos los demás acreedores, a prorrata de sus respectivos créditos, previa deducción de un diez

por ciento (10%) de recompensa reconocido a favor de los demandantes. Pero si el proceso culmina con sentencia favorable al demandado, sin perjuicio de las demás acciones legales que correspondan, los créditos del demandante sólo serán atendidos previo pago de los demás pasivos externos.

Infortunadamente, es de esperar que la característica lentitud de los despachos judiciales para resolver cuestiones como la mencionada, debido a que deben tramitarse mediante un proceso ordinario, entorpezca el desarrollo del acuerdo de reestructuración. La norma debió haber previsto de manera clara e inequívoca que estos asuntos fueran sometidos a la decisión de la Superintendencia de Sociedades.

3.5.6. Reducción de garantías

El numeral 4º del artículo 34 de la ley 550 de 1999 dispone que como efecto de la celebración del acuerdo de reestructuración se producirá la reducción de la cobertura de cualquier garantía real o fiduciaria ya constituida, a solicitud del empresario o de cualquier acreedor.

La reducción se limitará hasta el monto equivalente a una vez y media del importe conocido o presunto de las obligaciones garantizadas, de conformidad con el avalúo que se realice para el efecto.

Sin embargo, esta reducción de garantías no opera *ipso iure*, sino que por el contrario se requerirá de la interposición de una demanda por las personas legitimadas, cuyas pretensiones habrán de ser resueltas por la Superintendencia de Sociedades, mediante el procedimiento verbal sumario, en única instancia.

A la demanda debe acompañarse el avalúo en que se fundamente, practicado de conformidad con lo dispuesto en la misma ley 550 de 1999, so pena de rechazo de la misma.

Sobre este particular señala Reyes Villamizar “Otro efecto muy relevante del acuerdo es la reducción de garantías. Esta norma pretende hacerle frente a la práctica abusiva, frecuente en las entidades financieras de *sobregarantizar* sus acreencias con la consecuencia correlativa de dejar al empresario sin la posibilidad de acceder a otros recursos de liquidez por vía de crédito. El empresario avocado a esta situación puede resolver sus dificultades únicamente echando mano a los recursos de capital que puedan aportar los socios o accionistas... Para facilitar los trámites de reducción de garantías, la ley establece un procedimiento expedito ante la Superintendencia de Sociedades. Se trata, una vez más, de la asunción de facultades jurisdiccionales en cabeza de esa superintendencia”¹⁹⁸.

¹⁹⁸ REYES VILLAMIZAR, Francisco, Algunas innovaciones al derecho concursal. Op. cit., p. 33.

Por su parte, el numeral 5° de la misma disposición señala que los beneficiarios de garantías fiduciarias derivadas de patrimonios autónomos integrados por inmuebles, o de hipotecas de mayor extensión, quedarán obligados a aceptar su sustitución por derechos hipotecarios del mismo grado o por derechos fiduciarios o certificados de garantía de fiducias mercantiles que recaigan sobre porciones desenglobadas de ese mismo inmueble, siempre y cuando éstas amparen las obligaciones garantizadas hasta el monto equivalente al importe previsto en el numeral anterior y no impliquen desmejora frente a las condiciones físicas y jurídicas de la garantía inicial.

Para que proceda esta sustitución se requiere de la interposición de una demanda ante la Superintendencia de Sociedades, la cual se tramitará mediante el procedimiento verbal sumario, en única instancia.

3.5.7. Acciones Revocatorias y de Simulación

La denominada acción revocatoria es la misma acción pauliana del derecho civil, la cual es definida por Ospina Fernández como "... un medio que la ley les otorga a los acreedores para obtener la reconstitución del patrimonio del deudor,

deteriorado por actos fraudulentos de este con perjuicio de los créditos de aquellos”¹⁹⁹.

Para la prosperidad de la acción pauliana se requiere la prueba de que el acto demandado causó un daño al acreedor o acreedores y de la prueba de que la intención del deudor al realizar tales actos fue la de defraudar a sus acreedores²⁰⁰.

La acción revocatoria en los procesos concursales previstos en la ley 222 se caracteriza por facilitar al demandante la prueba de los elementos del fraude pauliano, al establecer un periodo de sospecha²⁰¹ de 18 meses y una lista de los actos demandables. Así, basta al demandante probar lo siguiente para que prospere la acción revocatoria: **(i)** que el acto corresponde a uno de los previstos en la lista de los artículos 146 o 183 de la ley 222 de 1995, **(ii)** que se realizó dentro de los 18 meses anteriores a la fecha de la solicitud de apertura del trámite concursal²⁰² y **(iii)** que dicho acto haya perjudicado a cualquiera de los acreedores o afectado el orden de prelación en los pagos. En consecuencia, el demandante no tendrá que probar la intención del deudor de defraudar a los acreedores, que por ser un elemento subjetivo resulta de difícil prueba.

¹⁹⁹ OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Régimen general de las obligaciones, 5ª Edición, Bogotá, Editorial Temis S.A., 1994, p. 168.

²⁰⁰ Ver OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., p. 169.

²⁰¹ Sobre el periodo de sospecha señala Reyes Villamizar “Se considera, que dentro de un lapso antecedente a la admisión del proceso concursal, cuyo período varía en las diferentes legislaciones, los actos de disposición de bienes realizados por el deudor caen bajo la sospecha de haberse realizado en perjuicio de los acreedores”. Reforma al régimen de sociedades y concursos, Op. cit., p. 352.

Estableció la ley 222 de 1995 que de la acción revocatoria concursal conocerá el juez civil del circuito o especializado del comercio del domicilio del deudor, bajo el trámite del proceso abreviado (para las acciones iniciadas durante el trámite del concordato) o por el trámite del proceso verbal de mayor y menor cuantía (para acciones iniciadas durante la liquidación obligatoria). Para ejercer esta acción se encuentran facultados el contralor, el liquidador, cualquier acreedor, y la Superintendencia de Sociedades.

En la ley 550 de 1999 [Parágrafo 1º Artículo 39] se presenta un gran avance en materia de acciones al facultar a la Superintendencia de Sociedades para conocer de las acciones revocatoria y de simulación²⁰³ interpuestas por los acreedores contra los actos del deudor (empresario) admitido al trámite de un acuerdo de reestructuración, siempre y cuando los respectivos actos y contratos hubieren sido realizados por el empresario dentro de los dieciocho (18) meses anteriores a la iniciación de la negociación del acuerdo de reestructuración, y correspondan a la lista de actos y contratos del artículo 39 de la ley 550.

Los actos y contratos para los cuales se consagra la posibilidad de iniciar esta acción, de carácter verdaderamente privilegiado, y cuya naturaleza jurisdiccional es indiscutible, son los siguientes:

²⁰² En tratándose actos a título gratuito realizados antes de la apertura del proceso de liquidación obligatoria el periodo de sospecha es de 24 meses [Artículo 183 numeral 2 Ley 222 de 1995].

²⁰³ Ospina Fernández define la simulación como "... la connivencia entre las partes para fingir un contrato con el propósito de que este no produzca efecto alguno (simulación absoluta), o para disfrazar el contrato que realmente quieren celebrar con la forma aparente de otro contrato distinto, como cuando una donación se hace parecer como si fuera compraventa (simulación relativa)", Op. cit., p. 190.

- a. La extinción de obligaciones, daciones en pago, otorgamiento de cauciones, contratos de garantía, contratos de fiducia mercantil, ventas con pacto de recompra, contratos de arrendamiento financiero que involucren la transferencia de activos de propiedad del empresario (leaseback) y, en general, todo acto que implique disposición, constitución o cancelación de gravámenes, limitación o desmembración del dominio de bienes del empresario, que causen un daño directo cierto, incluso futuro, a los acreedores.

- b. Todo acto a título gratuito que demerite el patrimonio afecto a la empresa.

- c. Los actos y contratos celebrados o ejecutados con los administradores de cualquier empresario, de forma societaria o no a que hace referencia el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, con los socios, los controlantes, y las personas a que hacen referencia los literales a), b), c) y d) del inciso 3° del artículo 20 de la ley 550 de 1999²⁰⁴, incluyendo contratos de trabajo y conciliaciones laborales.

La Superintendencia debe adelantar estas acciones bajo el trámite del proceso verbal sumario, en única instancia.

²⁰⁴ Personas que tengan cualquiera de los siguientes vínculos con la empresa, sus socios, administradores o controlantes: a) Parentesco, hasta cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil; b) Tener o haber tenido en los cinco últimos años accionistas, socios o asociados comunes; c) Tener o haber tenido

Las acciones revocatorias y de simulación, al igual que cualquier otra que sea procedente en el caso de obligaciones o conciliaciones laborales, se intentarán ante la justicia laboral, y se tramitarán según el procedimiento previsto en las normas laborales, pero producirán los mismos efectos que previstos para las sentencias que estos asuntos profiera la Superintendencia de Sociedades.

La Superintendencia, si lo considera oportuno para asegurar las resultas de las acciones revocatorias o de simulación, de oficio o a petición de parte, y sin necesidad de caución, puede decretar el embargo y secuestro de bienes, la inscripción de la demanda o cualquier otra medida cautelar que a su juicio sea útil en atención al litigio.

Cuando se demandan los actos y contratos del empresario celebrados o ejecutados con los administradores, con los socios, los controlantes, y las personas a que hacen referencia los literales a), b), c) y d) del inciso 3° del artículo 20 de la ley 550, incluyendo contratos de trabajo y conciliaciones laborales, la Superintendencia podrá ordenar como medida cautelar la suspensión de pagos de los créditos derivados de tales actos y contratos.

La sentencia que decrete la revocación o la simulación del acto demandado debe disponer la cancelación de la inscripción de los derechos del demandado vencido

representantes o administradores comunes; y d) La existencia de una situación de subordinación o grupo

y el de sus causahabientes, y en su lugar se inscribirá al empresario como titular de los derechos que le correspondan.

Quienes hayan contratado con el empresario y los causahabientes de mala fe de quien contrató con éste, estarán obligados a restituirle los bienes enajenados por éste en razón del acto revocado o simulado. Si la restitución no es posible, se ordenará entregarle el valor de las cosas en la fecha de la sentencia, deducidas las mejoras útiles y necesarias que le correspondan al poseedor de buena fe.

Quienes hayan contratado de buena fe con el empresario y resulten vencidos, tendrán derecho a reclamar el monto en dinero de la contraprestación que hayan dado al empresario, crédito que recibirá el tratamiento de un crédito quirografario.

En el evento en que la acción revocatoria o de simulación prospere total o parcialmente, el acreedor o acreedores demandantes tendrán derecho a que en la sentencia se les reconozca, a título de recompensa, el pago preferente por parte del empresario de una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor comercial del bien que se recupere para la empresa, o del beneficio que directa o indirectamente se reporte a ésta.

Si tales procesos culminan con una sentencia favorable al demandado, el pago de las acreencias de los demandantes quedará subordinado a la atención del resto del pasivo externo.

4. Disolución de sociedades

Esta facultad jurisdiccional fue atribuida a la superintendencia por la ley 446 de 1998, regulación sobre la cual Reyes Villamizar manifiesta: “Aunque la ley 446 de 1998 no *desjudicializa* íntegramente los conflictos societarios, sí defiere a la Superintendencia una parte significativa de las controversias que pueden surgir entre los asociados por razón del contrato social. Se trata, en general, de procedimientos relativamente simples, cuya resolución implica la aplicación de normas de sentido perentorio y claro, como las relativas a las sanciones a los actos de asambleas y juntas de socios o las que consagran las causales de disolución. No obstante la aparente sencillez de estos procedimientos, es indudable que abarcan una buena parte de la actividad societaria y –podría afirmarse sin hipérbole –, la de mayor impacto en los derechos de los asociados, dada la trascendencia de las determinaciones que se someten al escrutinio de la Superintendencia”²⁰⁵.

²⁰⁵ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Reforma al régimen de sociedades y concursos, Op. cit. p. 314.

Como antecedente de esta función jurisdiccional encontramos que el Código de Comercio en su art. 355²⁰⁶ atribuyó a la Superintendencia de Sociedades poder para ordenar la disolución de aquellas sociedades de responsabilidad limitada en las que comprobara que los aportes no habían sido íntegramente pagados al constituirse la compañía como imperativamente lo ordena el art. 354 del Código de Comercio. Esta facultad se diferencia de la consagrada en la ley 446 de 1998 en que la consagrada en el Código se puede y debe ejercer de manera oficiosa por la superintendencia, mientras que la segunda solo procede por solicitud de parte y se da en eventos en que haya discrepancia entre los asociados respecto de la ocurrencia de una causal de disolución [art. 138 ley 446 de 1998].

Igualmente, el artículo 221 del Código de Comercio facultó a la Superintendencia de Sociedades para declarar, bien de oficio o a petición de parte interesada, la disolución de sociedades sometidas a su vigilancia cuando los asociados no lo hacían oportunamente, y sólo cuando ocurriera cualquiera de las siguientes causales previstas en el artículo 218 del Código de Comercio:

1. Imposibilidad de desarrollar la empresa social, terminación de la empresa social o extinción de la cosa o cosas cuya explotación constituye su objeto (núm. 2).

²⁰⁶ Artículo 355 Código de Comercio: “Cuando se compruebe que los aportes no han sido pagados íntegramente, la superintendencia deberá exigir, bajo apremio de multas hasta de cincuenta mil pesos, que tales aportes se cubran u ordenar la disolución de la sociedad, sin perjuicio de que la responsabilidad de los

2. Reducción del número de asociados a menos del requerido en la ley para su funcionamiento o por aumento que exceda del límite máximo fijado en la misma ley.
3. Causales pactadas en los estatutos sociales.
4. Demás causales establecidas en las leyes, en relación con todas o algunas de las formas de sociedad que regula el Código de Comercio.

El numeral 7° del art. 267 y el art. 276 del Código de Comercio permitían a la Superintendencia de Sociedades decretar la disolución de una sociedad sometida a su vigilancia en los siguientes casos (Estos artículos fueron derogados expresamente por el art. 242 de la ley 222 de 1995):

1. Cuando no hubiera obtenido permiso para ejercer su objeto o para continuar ejerciéndolo.
2. Cuando no hubiera subsanado las irregularidades que daban lugar a la suspensión del permiso de funcionamiento (El Decreto 2155 de 1992 suprimió el permiso de funcionamiento).
3. En las Sociedades anónimas, comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada, cuando hubieran perdido el 50% o más de su capital suscrito.
4. Cuando se verificara la ocurrencia de alguna de las causales de disolución previstas en la ley o en los estatutos y la asamblea no procediera o no pudiera

socios se deduzca como en la sociedad colectiva”. El artículo 86 num. 3 de la ley 222 de 1995 permite que la referida multa sea impuesta hasta doscientos salarios mínimos legales mensuales.

proceder oportunamente a declarar la disolución, o a tomar los correctivos previstos en el art. 220 del C. de Co.

El artículo 84 de la ley 222 de 1995 en relación con las sociedades sometidas a vigilancia facultó a la superintendencia para 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 (núm. 5). *Las atribuciones consagradas en el Código y en la ley 222 se diferencian de la prevista en la ley 446 en que esta última se extiende incluso a sociedades que no sometidas a vigilancia, e incluso a aquellas vigiladas y controladas por otras entidades estatales.*

Concentrando nuestro análisis en la función jurisdiccional consagrada en la ley 446 de 1998 [Artículo 138] encontramos que estas son sus características:

- a. Atribuye competencia a la Superintendencia de Sociedades para dirimir las discrepancias que se presenten entre los asociados sobre la ocurrencia de una causal de disolución; por lo cual se requiere que exista petición de parte interesada [obviamente se trata de alguno de los asociados] para que la Superintendencia pueda ejercer esta función; además, a diferencia de otras normas [como las contenidas en el Código de Comercio], en esta la facultad la Superintendencia no obra como sancionadora de irregularidades sino como arbitro o juez que dirige un conflicto.

b. Esta facultad puede ejercerse sobre:

1. Las sociedades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia.
2. Sociedades no sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia.
3. Sociedades sometidas al control y vigilancia de otra superintendencia o entidad de fiscalización estatal siempre que la entidad respectiva no tenga la facultad de dirimir los conflictos entre asociados respecto a la ocurrencia de una causal de disolución, no otro puede ser alcance del art. 138 ibídem, al disponer que está facultad se ejerce sobre sociedades "... no sometidas a la vigilancia y control del Estado o que estándolo, la entidad respectiva no tenga dicha facultad".

Esta facultad no puede ejercerse respecto de las sociedades de hecho, por cuanto estas sociedades no son susceptibles de disolución. Con base en el artículo 505 del Código de Comercio, el profesor Narváez ha señalado "El Código de Comercio no alude a la disolución de la sociedad de hecho quizás porque esta etapa que precede siempre a la liquidación del patrimonio de las sociedades regulares e irregulares se relaciona íntimamente con la personalidad jurídica y con la restricción de su capacidad a los actos necesarios para dicha liquidación (C. Co., art. 222), es decir, con la clausura del ciclo de vida social activa y la iniciación del ciclo de vida social pasiva... Pero tratándose de un tipo de sociedad que no es sujeto de derechos y obligaciones, que carece de capacidad y patrimonio, y cuyo

régimen convencional no trasciende a terceros por cuanto es inoponible a ellos, parece absolutamente inútil e innecesaria la declaración de disolución”²⁰⁷.

En el mismo sentido, la Superintendencia de Sociedades ha sostenido “... se puede afirmar que la nueva función asignada a la Superintendencia de Sociedades en el artículo 138 de la Ley 446, respecto a dirimir las discrepancias sobre la ocurrencia de las causales de disolución no procede respecto de las sociedades de hecho”²⁰⁸.

Esta facultad jurisdiccional resulta de gran utilidad en la resolución de conflictos societarios, pues de conformidad con el artículo 220 del Código de Comercio, las causales de disolución distintas al vencimiento del término de duración²⁰⁹ o decisión de autoridad competente deben ser **declaradas** por los asociados reunidos en junta de socios o asamblea general de accionistas, quienes deben proceder a analizar si se han configurado los presupuestos de alguna de las causales de disolución, a lo cual debe seguir una votación para definir si se reconoce o no su acontecimiento²¹⁰. Si los asociados no logran ponerse de

²⁰⁷ NARVAEZ GARCIA, José Ignacio. Tipos de Sociedad, Bogotá, Legis Editores S.A., 1998, Primera Reimpresión 1999, p. 98.

²⁰⁸ Oficio 220 – 64645 de octubre 9 de 1998, en: Superintendencia de Sociedades, Doctrinas y Conceptos Jurídicos 2000, p. 628.

²⁰⁹ El artículo 219 del Código de Comercio dispone que la disolución de la sociedad por vencimiento del término previsto para su duración, si no fuere prorrogado validamente antes de su expiración, se producirá entre los asociados y respecto de terceros, a partir de la fecha de expiración, sin necesidad de que sea reconocida por los asociados ni de formalidad especial alguna.

²¹⁰ La Superintendencia de Sociedades ha manifestado que la mayoría necesaria para reconocer el acaecimiento de la causal es la mayoría ordinaria, a menos que en los estatutos de la sociedad se exija una mayoría especial para tal fin; debido a que esta decisión no consiste en una reforma estatutaria sino en una simple ejecución del contrato social, Memorando del 15 de diciembre de 1978, tomado de *Doctrinas Y Conceptos Jurídicos 1995*, Superintendencia de Sociedades, p. 227.

acuerdo, resulta necesario resolver el conflicto, pues de ello depende la existencia y continuidad de la sociedad.

La facultad de la superintendencia de declarar disuelta la sociedad a petición de uno o varios de los asociados, implica el ejercicio de función jurisdiccional en la medida en que:

- a. Se resuelve de manera definitiva y con autoridad de cosa juzgada la controversia suscitada entre los socios respecto de la causal de disolución [Artículo 147 Ley 446 de 1998].
- b. La disolución de la sociedad "... implica el final de la plenitud jurídica de la compañía, la resolución de las relaciones vinculantes en que sea sujeto y la cesación de las actividades comprendidas en su objeto social"²¹¹ como lo disponen los artículos 222 y 223 del Código de Comercio. Efectos de esta naturaleza no pueden tener lugar sino por el ejercicio de una facultad jurisdiccional, capaz de poner fin a la capacidad de una persona jurídica.

Analizando el artículo 218 del Código de Comercio, que consagra las causales generales de disolución, consideramos que las siguientes pueden dar lugar a conflictos entre los asociados y por lo tanto a la intervención jurisdiccional de la Superintendencia de Sociedades, sin perjuicio de las especiales consagradas para cada tipo societario que también pueden dar lugar a tal intervención:

²¹¹ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Disolución y liquidación de sociedades, Op. cit., p. 4.

- a. Imposibilidad de desarrollar la empresa [objeto] social, por la terminación de la misma o por la extinción de la cosa o cosas cuya explotación constituye su objeto.
- b. Por reducción del número de asociados a menos del requerido para su formación o funcionamiento, o por aumento que exceda del límite máximo fijado por la ley [El número mínimo de asociados en la sociedad colectiva es de dos sin que exista un máximo; en la Comandita Simple se requiere mínimo de un socio gestor y uno comanditario, con un máximo de 25 socios comanditarios; en la comandita por Acciones como mínimo debe haber un gestor y cinco comanditarios, sin que exista un máximo; en la Sociedad de Responsabilidad Limitada el número mínimo de asociados es dos y un máximo de veinticinco, en la Anónima el mínimo es cinco sin que exista un máximo].
- c. Por las causales estipuladas en el contrato social [Estatutos]²¹².

3.1. Procedimiento

El primer acto procesal consiste en la solicitud de cualquier asociado, mediante escrito presentado personalmente por el interesado o su apoderado, junto con los anexos que por vía reglamentaria determine el Gobierno Nacional²¹³.

²¹² Obviamente no incluimos entre las causales de disolución que pueden dar lugar a la intervención de la superintendencia la consagrada en el numeral 6° del art. 218 C. Co. [Decisión de los asociados, consistente en una reforma estatutaria, que además tiene una naturaleza constitutiva] porque es evidente que en este evento

La facultad otorgada por la ley 446 no puede ejercerse oficiosamente por la Superintendencia, puesto que como se mencionó es necesaria la solicitud escrita de un asociado; si la superintendencia pretende declarar de oficio la disolución de una sociedad deberá hacer uso de la facultad prevista en el artículo 84 de la ley 222 de 1995 si la sociedad se encuentra sometida a su vigilancia, o la del art. 221 del Código de Comercio, que no se encuentra derogado.

Los interesados pueden escoger entre el Juez Civil del Circuito o la superintendencia para resolver el asunto, puesto que el artículo 147 de la ley 446 de 1998 determina que para este trámite, así como para todos los establecidos en esa misma ley, existe competencia a prevención entre la Superintendencia de Sociedades y el Juez Civil competente. Si optan por acudir al Juez Civil se declarará la disolución de la sociedad de conformidad con el artículo 627 del Código de Procedimiento Civil, trámite en el cual se aplican las disposiciones del proceso abreviado²¹⁴. El Superintendente o el Juez competente debe declarar de plano la nulidad de lo actuado, inmediatamente como tenga conocimiento de la existencia de un proceso referente al mismo asunto adelantado en otro despacho, y ordenará enviar el expediente a la autoridad que conoce del mismo.

no se presenta conflicto alguno entre los asociados sino que por el contrario se da un acuerdo tendiente a poner fin al contrato social.

²¹³ A la fecha no tenemos conocimiento de que el Gobierno Nacional hubiere determinado los anexos de la demanda.

Si en el contrato social se ha estipulado la cláusula compromisoria, la Superintendencia no es la competente para dirimir la controversia, pues esto corresponderá al arbitro o tribunal designado para tal fin en la cláusula.

Del escrito presentado por el interesado, se debe dar traslado a los demás asociados por conducto del representante legal de la sociedad, por el término de diez (10) días, dentro del cual estos podrán controvertir los fundamentos contenidos en la petición y aportar o solicitar las pruebas que consideren necesarias.

Cuando los asociados sean más de cien (100), se debe ordenar la publicación de una copia de la solicitud en un diario de circulación nacional.

Dentro del término de traslado de la solicitud de intervención a la Superintendencia la asamblea o junta de socios puede declarar la disolución y designar el liquidador si a ello hay lugar, y una vez formalizada aquella y hechas las inscripciones correspondientes en el registro mercantil se dispondrá el archivo de la respectiva actuación. En todo caso, esta decisión puede adoptarse por la asamblea o junta de socios en cualquier momento.

²¹⁴ Para profundizar en el proceso de disolución y liquidación de sociedades ante los jueces civiles puede consultarse: Hernán Fabio López Blanco, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte Especial Tomo II, 7ª Edición, Bogotá, Dupré Editores Ltda., 1999, p. 763 y ss.

Vale la pena anotar, que calificar la actuación de la Superintendencia como “*actuación administrativa*” [inciso 2º art. 139 ley 446] constituye un yerro del legislador, pues las actuaciones administrativas son aquellas realizadas por las entidades públicas **en ejercicio de funciones administrativas** [Artículos 1º a 4º del Código Contencioso Administrativo] y no las que realizan en ejercicio de funciones jurisdiccionales; esta falta de *técnica* del legislador no desnaturaliza la esencia jurisdiccional del procedimiento adelantado por la Superintendencia, debe entenderse, para no incurrir en contradicciones, que la expresión “*actuaciones administrativas*” se debe a que el trámite se adelanta ante una entidad administrativa y no porque se trate del ejercicio de funciones administrativas.

Si la junta de socios o la asamblea de Accionistas no declaran la disolución por su propia iniciativa, se dispone la práctica de las pruebas solicitadas y de aquellas que la Superintendencia considere necesarias, en los términos consagrados en el artículo 58 del Código Contencioso Administrativo. Este artículo consagra la obligación para la Superintendencia de fijar con exactitud el día en que vence el término probatorio en el auto que decreta la práctica de pruebas.

Conforme a la disposición invocada, el termino para la practica de pruebas no podrá ser mayor de treinta (30) días, ni menor de diez (10), existiendo la facultad para la superintendencia de prorrogar por una sola vez el término probatorio inferior a treinta días, sin que con la prorroga el término exceda de treinta (30) días.

Vencido el período probatorio antes mencionado, la Superintendencia debe adoptar la decisión correspondiente dentro de los treinta (30) días siguientes.

Declarada la disolución por la Superintendencia de Sociedades, y en firme la providencia respectiva en la que deberá disponerse su inscripción en el registro mercantil correspondiente al lugar donde la sociedad tenga su domicilio principal y en el de aquellos donde haya establecido sucursales, la sociedad dentro del término de veinte (20) días designará al liquidador principal y suplente en la forma prevista en la ley o en los Estatutos [Art. 140 Ley 446 de 1998].

En el evento de que no se designe oportunamente al liquidador, corresponde a la superintendencia realizar tal designación.

El párrafo del artículo 140 ibídem, dispone que el proceso liquidatorio correspondiente se adelantará sin intervención del superintendente, sin perjuicio de las funciones de inspección o vigilancia asignadas a la Superintendencia de Sociedades. Se permite así que se adelante el trámite conocido como “liquidación voluntaria o privada de sociedades” consagrado en los artículos 225 a 259 del Código de Comercio.

Al igual que como ocurre para todas las funciones jurisdiccionales atribuidas por la ley 446 de 1998 a la Superintendencia de Sociedades, el artículo 148 de la misma,

modificado por el 52 de la ley 510 de 1999, remite a los procedimientos administrativos correspondientes al ejercicio del derecho de petición en interés particular y las disposiciones del Capítulo VII del título I del libro I del Código Contencioso Administrativo.

Entre estas últimas disposiciones se destacan las siguientes:

- a. La garantía de imparcialidad del funcionario que realice la instrucción del proceso y del que profiera la decisión definitiva mediante la aplicación de las causales de recusación de los jueces previstas en el Código de Procedimiento Civil [Artículo 150], además de las mencionada en el artículo 30 del C. C. A.
- b. La posibilidad de pedir y decretar pruebas, y allegar informaciones sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado [Artículo 34 C. C. A.].
- c. El deber de resolver, en la providencia que adopte la decisión final, todas las cuestiones planteadas en la demanda o durante el trámite [Art. 35 Ibídem].

En caso de que resulten insuficientes las disposiciones mencionadas, la Superintendencia deberá recurrir a las disposiciones del proceso verbal sumario consignadas en el Código de Procedimiento Civil.

4. Reconocimiento de los presupuestos de ineficacia

La ineficacia constituye una sanción establecida en la ley mercantil, que priva de todo efecto jurídico al acto que cumpla con los presupuestos de hecho que consagra la ley, y que además opera sin necesidad de declaración judicial, es decir, *ipso iure*. Esta se haya prevista en el art. 897 del Código de Comercio²¹⁵.

El Código de Comercio no establece causales generales de ineficacia, sino que por el contrario establece, como señala Enrique Gaviria "... un sinnúmero de ineficacias particulares, que no obedecen a ningún criterio uniforme y que han sido consagradas en la ley para castigar, en términos más severos y expeditos, las violaciones de normas cuyo contenido se ha considerado especialmente importante..."²¹⁶.

La operancia de la ineficacia "de pleno derecho", sin necesidad de declaración judicial, plantea diversas dificultades de orden real o práctico, pues se aleja de la realidad, así en muchos eventos, como cuando no hay acuerdo entre las partes respecto de la ocurrencia de la sanción, quien pretende hacerla efectiva debe recurrir finalmente al reconocimiento o declaración judicial de la misma, con la petición subsidiaria de nulidad absoluta con fundamento en el numeral primero del

²¹⁵ Artículo 897 C. de Co. "Cuando en este código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial".

²¹⁶ GAVIRIA GUTIÉRREZ, Enrique. Derecho Comercial, 1ª Edición, 1981, Colección Jurídica Bedout.

artículo 899 del Código de Comercio que prevé tal sanción ante la inobservancia de una norma de carácter imperativo.

En el derecho de sociedades [Libro segundo del Código de Comercio y ley 222 de 1995] existen varias disposiciones que sancionan con la ineficacia la omisión de requisitos formales en ciertos actos, como por ejemplo la convocatoria, el quórum y el domicilio social en las reuniones de asamblea de accionistas o junta de socios.

Con la finalidad de otorgar efectividad a la sanción en el campo del derecho societario y desjudicializar el procedimiento, el artículo 87 de la ley 222 de 1995 establece:

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: ...

Parágrafo.—Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 897 del Código de Comercio, la Superintendencia de Sociedades podrá, de oficio o a solicitud de parte, reconocer la ocurrencia de los presupuestos que den lugar a la sanción de ineficacia en los casos señalados en el libro segundo del Código de Comercio, en relación con sociedades no sometidas a la vigilancia o control de otra Superintendencia.

De la disposición transcrita podemos afirmar:

- a. Preserva la operancia ipso iure de la sanción prevista en el art. 897 C. de Co.
- b. La Superintendencia de Sociedades puede proceder a reconocer los presupuestos de la ineficacia, de oficio, o a petición de parte, en cuyo caso

esta deberá consistir en la solicitud de uno o más asociados representantes de no menos del diez por ciento del capital social o de alguno de los administradores.

- c. La competencia de la superintendencia se limita a reconocer los presupuestos de la ineficacia en los eventos previstos en el libro segundo del Código de Comercio, por lo cual no puede extenderse a otras situaciones tales como las previstas en los arts. 524, 629, 670, etc.
- d. La competencia de la superintendencia se halla limitada a sociedades no sometidas a la vigilancia o control de otras superintendencias.

Con posterioridad la ley 446 de 1998 estableció que el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia representa el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la Superintendencia de Sociedades, al tiempo que otorgó tal facultad a la Superintendencia Bancaria y a la de Valores.

Decimos que la ley 446 estableció el carácter jurisdiccional de esta función porque en su Parte IV [Del acceso en materia comercial y financiera], el Título I, del que hace parte el artículo 133, reconoce el carácter jurisdiccional de la función, pues este Título se denomina *“DEL EJERCICIO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES POR LAS SUPERINTENDENCIAS”*.

El mencionado artículo dispone:

Artículo 133. Competencia. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 897 del Código de Comercio, las Superintendencias Bancaria, de Sociedades o de Valores podrán de oficio efectuar el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio. Así mismo, a falta de acuerdo de las partes sobre la ocurrencia de dichas causales de ineficacia, podrá una de ellas solicitar a la respectiva Superintendencia su reconocimiento. En relación con las sociedades no vigiladas permanentemente por las referidas entidades, tal función será asumida por la Superintendencia de Sociedades.

Esto representa un importante cambio con respecto a lo previsto en la ley 222 de 1995. En efecto, en la ley 222 esta atribución era calificada como una “*medida administrativa*” a diferencia de lo que acontece con la ley 446 que le califica de *función jurisdiccional*. Consideramos que lo que hace la ley 446 es reconocer la verdadera naturaleza de la función, corrigiendo el error consagrado en la ley 222 de 1995, que equivocadamente calificó tal función como administrativa.

Consideramos que el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia constituye el ejercicio de función jurisdiccional en la medida en que la providencia mediante la cual la Superintendencia de Sociedades reconoce que un caso concreto se ha configurado la sanción de la ineficacia pone fin, de manera definitiva y con autoridad de cosa juzgada, a una controversia suscitada entre particulares mediante la aplicación de la ley a un caso concreto, e incluso en el evento en que la superintendencia procede de oficio a realizar tal reconocimiento estamos frente al ejercicio de función jurisdiccional, porque la providencia de la entidad vincula y produce efectos frente a las partes del negocio jurídico ineficaz y terceros, quienes deben respetar la autoridad de cosa juzgada de la providencia proferida por la Superintendencia [Artículo 147 Ley 446 de 1998].

Finalmente, toda discusión sobre la naturaleza jurisdiccional de la facultad de reconocer los presupuestos de ineficacia fue zanjada por el artículo 37 de la ley 550 de 1999, que al facultar a la Superintendencia para ejercer esta función respecto a los eventos de ineficacia contenidos en esa misma ley, señaló de manera expresa que los mismos se reconocían en ejercicio de funciones jurisdiccionales y de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 116 de la Constitución Política.

Debe quedar claro que en este procedimiento la Superintendencia no declara la ineficacia porque es de la esencia de esta institución jurídica que no se requiera la declaración de autoridad alguna respecto de su ocurrencia, como claramente lo dispone el artículo 897 del C. de Co. y como lo reconocen el artículo 133 de la ley 446 y el párrafo del artículo 87 de la ley 222. Por el contrario, la Superintendencia lo único que hace es *reconocer* que en un caso concreto se han configurado los presupuestos de hecho que dan lugar a la aplicación de una norma que prevé como consecuencia la sanción de ineficacia, siempre refiriéndose a hipótesis previstas en el derecho societario, pues la competencia de la Superintendencia se limita al "... reconocimiento de los presupuestos de ineficacia previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio"; al respecto Reyes Villamizar considera que la competencia de la superintendencia no se limita exclusivamente a los presupuestos de ineficacia consagrados en el libro segundo del Código de Comercio sino que "... entendemos que la atribución es

aplicable también a los presupuestos contenidos en la ley 222 de 1995, por ser este estatuto modificatorio del referido libro del código mencionado”²¹⁷, posición que compartimos, porque si se observa el encabezado de la ley 222 se encuentra que dispone: *“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”*.

Resulta necesario mencionar que el profesor Jorge Hernán Gil Echeverry crítica fuertemente a quienes consideran que el art. 87 de Ley 222 de 1995 confirió función jurisdiccional a la Superintendencia de Sociedades, sostiene que “Un gran sector de la doctrina considera que con el art. 87 de la Ley 222 se le confirieron nuevas funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades... las funciones asignadas a la Superintendencia, no son ni de tipo JURISDICCIONAL ni menos DECLARATIVAS. No son funciones declarativas, como que la norma no le otorga facultad de DECLARAR INEFICACIA, precisamente porque ésta ocurre de pleno derecho; solamente le permite RECONOCER LOS PRESUPUESTOS LEGALES que la originan, que es cosa completamente diferente... la Superintendencia no la declara porque la sanción está exenta de dicho pronunciamiento, solamente constata la realidad de los presupuestos que la configuran, conforme a la Ley”²¹⁸. Compartimos la opinión de Gil Echeverry pero solamente respecto del hecho de que la Superintendencia no declara la ineficacia,

²¹⁷ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Reforma al Régimen de sociedades y concursos, Op. cit., p. 315.

²¹⁸ GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. Nuevo régimen societario, Ed. Librería del Profesional, 1998. 1ª Edición. Volumen 2, p. 239.

en realidad, su actuación se limita a reconocer que en un caso concreto y respecto de un acto determinado se configuran los presupuestos legales de la ineficacia, sin embargo, sostenemos que cuando la Superintendencia reconoce los presupuestos de ineficacia resuelve un conflicto de intereses entre los asociados cuando procedió a solicitud de parte, ejerciendo así función jurisdiccional, e incluso, cuando actúa de oficio está ejerciendo función jurisdiccional en la medida en que estamos ante una decisión del Estado que resuelve una controversia mediante la aplicación de una ley general a un caso particular, como ya se mencionó.

El mencionado autor considera que “... las funciones de la Superintendencia se concretan única y exclusivamente a constatar los presupuestos de la ineficacia y ordenar los correctivos del caso, sin que pueda abrogarse funciones jurisdiccionales ordenando restituciones mutuas, el restablecimiento del patrimonio empobrecido, cancelación de registros, etc.”²¹⁹, es acertada esta opinión en el sentido de que la Superintendencia no puede ejercer funciones jurisdiccionales que no la hayan sido atribuidas expresamente por la ley, pero el hecho de que la Superintendencia no pueda realizar condenas más allá de las estrictamente

²¹⁹ GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. Op. cit. p. 241. El mencionado autor cita el oficio 0186 de febrero 8 de 1994 de la Cámara de Comercio de Bogotá que sostiene: “Esta entidad considera que la calificación de ineficacia dada por la Superintendencia de Sociedades a las decisiones contenidas en las actas números 006 y 007 antes mencionadas, las que fueron solemnizadas por Escritura Pública No. 2250, no conlleva la revocatoria directa de la inscripción del aludido instrumento público, criterio adoptado por la entidad a su cargo, al afirmar en oficio del 27 de agosto de 1993 dirigido a esta Cámara, que el alcance de sus pronunciamientos frente al registro no es más que el de poner de manifiesto el vicio de ineficacia, sin que tal juicio tenga la virtualidad de ordenar la cancelación del acto de inscripción, decisión que compete a los jueces de la República”.

necesarias para corregir los efectos del acto ineficaz no puede ser argumento valido para sostener que la Superintendencia no ejerce función jurisdiccional.

Las obligaciones de hacer o restituciones que se deriven del reconocimiento que haga la Superintendencia pueden ser objeto de ejecución ante los Jueces Civiles de conformidad con las reglas sobre ejecución de las providencias judiciales y procesos ejecutivos previstas en el Código de Procedimiento Civil [Art. 334 y siguientes].

En conclusión, las características de la función ejercida por la Superintendencia de Sociedades en el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia son:

- a. Preserva la operancia ipso iure de la sanción prevista en el art. 897 C. de Co.
- b. Implica el ejercicio de función jurisdiccional.
- c. La Superintendencia de Sociedades puede proceder a reconocer los presupuestos de la ineficacia, de oficio, o a petición de parte, pero a diferencia de lo consagrado en la ley 222, que requería la solicitud de uno o más asociados representantes de no menos del diez por ciento del capital social o de alguno de los administradores, la ley 446, con mejor criterio, no exige una participación porcentual mínima del asociado solicitante, por lo cual, a partir de la vigencia de la ley 446 cualquier asociado, e incluso un tercero ajeno al contrato social con interés jurídico lícito en que se reconozca la ineficacia del

acto, podrá solicitar a la Superintendencia de Sociedades el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia.

- d. La competencia de la superintendencia se limita a reconocer los presupuestos de la ineficacia en los eventos previstos en el libro segundo del Código de Comercio y la ley 222 de 1995, por lo cual no puede extenderse a otras situaciones tales como las previstas en los arts. 524, 629, 670, etc.
- e. La competencia de la superintendencia se halla limitada a sociedades no sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria o de Valores; modificando lo dispuesto en la ley 222. En efecto en tal disposición la Superintendencia de Sociedades no podía proceder en sociedades vigiladas por otras superintendencias, con lo cual las sociedades vigiladas por superintendencias como la de Servicios Públicos o la de Puertos, por citar solo algunas, escapaban a la competencia de la Superintendencia de Sociedades. Con lo dispuesto en la ley 446 *las únicas sociedades sobre las que no puede proceder la Superintendencia de Sociedades a reconocer los presupuestos de ineficacia son las vigiladas por las Superintendencias Bancaria y de Valores*, sobre las sociedades vigiladas por otras superintendencias si goza de competencia [Esta afirmación se desprende del tenor literal del artículo 133 *ibídem*, sobre todo por la última frase del artículo]. Respecto a la amplia competencia atribuida por esta norma a la Superintendencia de Sociedades Darío Laguado afirma “Eso significa algo muy simple. Si en Colombia operan y

viven prácticamente 96 mil sociedades, la potencialidad de demanda de servicio va a ser muy grande. Entonces no parece sensato”²²⁰.

Corresponde ahora realizar las siguientes consideraciones entorno a la constitucionalidad del artículo 133 de la ley 446 de 1998:

- a. La Corte Constitucional en la Sentencia C – 1641 de 29 de noviembre de 2000, Expediente D-2974, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, declaró inexecutable el artículo 51 y el párrafo primero del artículo 52 de la ley 510 de 1999, que facultaban a la superintendencia Bancaria para que en ejercicio de funciones jurisdiccionales resolviera los asuntos contenciosos suscitados entre las instituciones financieras y aseguradoras y sus clientes, relacionadas con la ejecución y cumplimiento de obligaciones contractuales derivadas del ejercicio de la actividad financiera, aseguradora o previsional, por cuanto consideró que la Superintendencia no podía actuar de manera independiente e imparcial en estos eventos.

- b. En la parte resolutive de la sentencia declaró executable el artículo 133 de la ley 446 de 1998, condicionándolo a que la competencia otorgada al funcionario no se refiera a temas desarrollados en las normas que la Sentencia declaró inexecutables. Sin embargo, el “tema” a que se refiere el artículo 133 es a los presupuestos de ineficacia contenidos en el libro Segundo del Código de

²²⁰ LAGUADO, Darío. Op. cit., p. 72.

Comercio, que en nada tienen que ver con las funciones declaradas inexecutable. A nuestro juicio, en cuanto compete a la Superintendencia de Sociedades se debe considerar como plena y perfectamente vigente el artículo 133 de la ley 446 de 1998, sin perjuicio de que como ya se mencionó en la parte general de esta monografía, conforme a la Sentencia ya mencionada de la Corte Constitucional, cuando ante un caso concreto sometido a su decisión, la Superintendencia encuentre que en ejercicio sus funciones administrativas ya se ha pronunciado sobre el mismo caso o ejercido alguna facultad que pueda determinar que tiene una posición preexistente frente al caso, debe abstenerse de resolver sobre el asunto, puesto que su imparcialidad e independencia estarían comprometidas, lo cual inhabilita a la entidad para ejercer la función jurisdiccional.

A título meramente informativo, entre las causales de ineficacia previstas en el libro segundo del Código de Comercio encontramos²²¹:

1. Estipulaciones por las cuales el objeto social de la sociedad se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan relación directa con aquel (art. 110 num. 4).
2. Aumento de capital que se haga con reavalúo de activos (art. 122,segundo inciso).

²²¹ Darío Laguado afirma que en Libro Segundo del Código de Comercio existen 34 casos de ineficacia, Op. cit., p. 71.

3. Disposiciones estatutarias que priven a todos o algunos de los socios de toda participación en las utilidades (art. 150 inciso segundo).
4. Decisiones de asamblea o junta de socios acordadas en reuniones realizadas sin los requisitos legales de convocatoria, domicilio y quórum (art. 190).
5. Disposiciones estatutarias que dispongan la inamovilidad de los administradores (art. 198).
6. Disposiciones del contrato social que exoneren de responsabilidad a los administradores (art. 200).
7. Negocios por los cuales las sociedades subordinadas tengan a cualquier título partes de interés, cuotas o acciones en las sociedades que los dirijan o controlen, es decir los negocios que implican imbricación (art. 262).
8. Estipulaciones contrarias a la responsabilidad ilimitada y solidaria (pero subsidiaria) de los socios de la sociedad colectiva (art. 294).
9. Estipulaciones que exoneren a los administradores de la sociedad colectiva de la obligación de dar cuenta de su gestión al final de cada ejercicio social, y de las responsabilidades consiguientes (art. 318).
10. Cláusulas estatutarias que priven a los socios de la sociedad de responsabilidad limitada del derecho a ceder sus cuotas (art. 362).
11. Cesión de cuotas en la sociedad de responsabilidad limitada realizada sin escritura pública (art. 366).
12. Decisiones irregulares de asamblea general de accionistas (art. 433).
13. Decisiones de Juntas directivas en que haya mayorías conformadas por personas ligadas entre sí por matrimonio, o por parentesco dentro del tercer

grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o primero civil, excepto en las sociedades reconocidas como de familia (art. 435).

14. Disposiciones tendientes a limitar la responsabilidad solidaria, directa e ilimitada de los socios de la sociedad mercantil de hecho (art. 501).

4.1. Procedimiento

El procedimiento aplicable a este trámite es el descrito en los artículos 147 y 148 de la ley 446 de 1998, con las modificaciones introducidas por la ley 510 de 1999.

Al igual que como se establece para las demás funciones jurisdiccionales consignadas en la ley 446, la Superintendencia de Sociedades y el Juez competente conocerán a prevención del asunto.

El Superintendente o el Juez competente declarará de plano la nulidad de lo actuado inmediatamente como tenga conocimiento de la existencia de un proceso inicial sobre la misma cuestión, y ordenará enviar el expediente a la autoridad que conoce del mismo.

El incumplimiento de este deber hará incurrir al respectivo funcionario en falta disciplinaria, salvo que pruebe causa justificativa.

Corresponde a la Superintendencia, aplicar a este trámite lo previsto en la Parte Primera, Libro I, Título I del Código Contencioso Administrativo, en especial el correspondiente al ejercicio del derecho de petición en interés particular y las disposiciones contenidas en el capítulo VIII.

Consideramos inapropiado que para la tramitación de un proceso jurisdiccional se remita a la aplicación de procedimientos previstos para la expedición de actos administrativos; procedimientos que se caracterizan porque no disponen de oportunidades procesales delimitadas para el adecuado ejercicio del derecho de defensa por parte del demandado, ni de mecanismos idóneos de notificación, y mucho menos de términos claros y perentorios para la actividad probatoria, pues estos procedimientos han sido concebidos simplemente para resolver asuntos meramente administrativos y nunca para tramitar pretensiones que deban finalizar en un acto de naturaleza jurisdiccional.

Como lo señala Darío Laguado, la remisión a los procedimientos administrativos permitiría la presentación de solicitudes verbales [Artículo 5 Código Contencioso Administrativo] circunstancia que lleva a que los asuntos por resolver "... pueden pervertirse o que pueden maltratarse y resolverse de mala manera, no por voluntad de las mismas partes, sino porque el documento, quiérase o no, permite más sensatez en quien lo escribe y más posibilidad de trabajo en quien lo lee"²²².

²²² Op. cit., p. 75.

El artículo 148 de ley 446, modificado por el artículo 52 de la ley 510 de 1999, dispone que para lo no previsto en el procedimiento del Código Contencioso Administrativo, se aplicarán las disposiciones del Proceso Verbal Sumario consagradas en el procedimiento civil. Hubiera sido mas adecuado por parte del legislador remitir primero al proceso verbal sumario [que si fue diseñado para adelantar procesos de naturaleza jurisdiccional] antes que remitir a los procedimientos administrativos.

La Superintendencia deberá proferir la decisión definitiva dentro del término de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que se reciba la petición de manera completa.

No obstante, el trámite del proceso las notificaciones, la práctica de pruebas y los recursos interpuestos interrumpirán el término establecido para decidir en forma definitiva. Esto constituye una modificación introducida por la ley 510 de 1999 a lo previsto en la ley 446 de 1998, en esta última no se consagraba que la práctica de pruebas y los recursos interpuestos interrumpieran el término establecido para decidir en forma definitiva, con lo cual, consideramos que se desdibuja un poco la celeridad que debe caracterizar a este tipo de procedimientos.

5. Arbitramento²²³

El art. 230 de la ley 222 de 1995 dispuso que la Superintendencia de Sociedades podría organizar un Centro de Arbitraje:

Art. 230.—*Centro de arbitraje.* La Superintendencia de Sociedades podrá organizar un centro de arbitraje para la solución de conflictos que surjan entre los socios o entre estos y la sociedad con ocasión del desarrollo o cumplimiento del contrato social. A través de este centro, los particulares actuarán como árbitros en la solución de tales conflictos. Dicho centro deberá contar con un reglamento que contendrá las prescripciones de ley y el cual deberá someterse a la aprobación del Ministerio de Justicia y del Derecho.

Los árbitros son particulares, es decir, personas ajenas a la entidad [Numerales 3º, 4º y 5º del art. 7 del Decreto 1080 de 1996], lo cual implica, según Reyes Villamizar “... una facultad de mera organización, que permitiría aprovechar la infraestructura de la Superintendencia en beneficio de la comunidad empresarial”²²⁴. Es decir, la superintendencia no es el arbitro de los procesos adelantados ante su centro de arbitraje, ella simplemente se limita a prestar sus instalaciones y a designar a los árbitros, razón por la cual no corresponde al objeto de este estudio analizar esta función, que en estricto sentido, no le atribuye poder jurisdiccional a la Superintendencia de Sociedades. Los verdaderos titulares de la función jurisdiccional son los particulares designados como árbitros en la solución de los conflictos que surjan entre los socios o entre estos y la sociedad con

²²³ El inciso primero del artículo 111 de la ley 446 define el arbitraje: “El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral”.

ocasión del desarrollo o cumplimiento del contrato social y que se sometan a su consideración a través del centro de arbitraje de la Superintendencia²²⁵.

A la fecha, debido a circunstancias diversas, el centro de arbitraje de la Superintendencia de Sociedades no se encuentra en funcionamiento.

6. Impugnación de decisiones de asamblea general de accionistas, junta de socios y juntas directivas

La Ley 446 de 1998 dispone:

Artículo 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.

Consideramos que esta constituye la función jurisdiccional más importante que la ley 446 le atribuyó a la Superintendencia de sociedades. La norma resulta útil en la medida en que permite al demandante recurrir a una instancia judicial distinta a la justicia ordinaria, pues esta jurisdicción era la única llamada a decidir sobre la

²²⁴ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Reforma al régimen de sociedades y concursos. Op. cit. p. 313.

²²⁵ Esta clase de arbitraje corresponde al que la ley denomina arbitraje institucional, que el artículo 112 de la ley 446 define como "... aquel en el que las partes se someten a un procedimiento establecido por el centro de arbitraje".

legalidad de las decisiones adoptadas en asambleas generales de accionistas, juntas directivas o de socios, como imperativamente lo dispone el art. 194 del Código de Comercio²²⁶.

Estos procedimientos representan el ejercicio de función jurisdiccional porque facultan²²⁷ a la Superintendencia de Sociedades para dejar sin efectos un acto jurídico proveniente de un órgano colegiado como lo son la junta de socios y la asamblea general de accionistas de una sociedad.

De la lectura de la norma transcrita, se desprende que las características de la competencia atribuida a la superintendencia son las siguientes:

- a. Solo se puede ejercer respecto de aquellas sociedades que se hallen sometidas al grado de fiscalización denominado “vigilancia” por parte de la superintendencia, lo que limita considerablemente su facultad a un número

²²⁶ Art. 194 C. de Co. “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”. Hernán Fabio López sostiene “... nada impide que si los interesados así lo requieren, se acuda al compromiso, pues este no está vedado y la controversia admite esta posibilidad de solución”, López Blanco, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte Especial Tomo II, Op. cit., p. 146. Por su parte, José Ignacio Narváez opina “... aunque el artículo 194 del Código de Comercio excluye únicamente la cláusula compromisoria, es indudable que tampoco cabría un contrato de compromiso para acudir a la justicia arbitral, porque se trata de acciones en que está de por medio el interés público”, Narváez García, José Ignacio, Teoría General de las Sociedades, Op. cit., p. 389.

²²⁷ El Consejo de Estado al referirse a la impugnación de actos sociales y al poder de las mayorías expreso: “...la ley prevé procedimientos para la anulación de los actos correspondientes, pero no de tipo administrativo, sino de orden jurisdiccional, a través de medios de impugnación como los previstos en el artículo 191 del C. Co.” Sentencia, 6 de septiembre de 1974, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Ref.: 1863, tomado de José Ignacio Narváez y otros, Régimen legal de las sociedades civiles y mercantiles, Legis Editores S.A., No. Interno 0475, p. 67. El mismo tribunal sostuvo que los vicios de nulidad de las decisiones sociales eran verificables privativamente por los jueces (Sección primera, Sentencia agosto 31 de 1976), tomado de José Ignacio Narváez y otros, Op. cit., No. Interno 0475-1, p. 67.

reducido de sociedades. Al respecto Reyes Villamizar afirma “Aunque se trata, evidentemente, de una norma discriminatoria, tiene la virtud de permitir que se prueben los posibles beneficios de la facultad jurisdiccional atribuida a la Superintendencia. El mismo camino hubo de recorrerse en materia de procesos de concordato preventivo”²²⁸.

- b. La superintendencia no puede condenar al resarcimiento de los perjuicios ocasionados por el acto impugnado, ni determinar su cuantía, como lo dispone perentoriamente el segundo inciso del art. 137 de la ley 446 de 1998.

Al privarse a la superintendencia de competencia para decidir sobre los perjuicios, se atenta contra la economía procesal al obligar al asociado afectado a promover dos procesos para obtener una reparación integral de sus derechos, por lo cual, en la práctica los interesados en reclamar indemnización de perjuicios preferirán acudir a la jurisdicción civil donde si es posible la acumulación de las dos pretensiones.

Lo correcto hubiera sido permitirle a la superintendencia su pronunciamiento al respecto. Para fijar los perjuicios habría bastado con hacer uso de otra función atribuida por la ley 446 de 1998 cual es la de designación de peritos, mediante un trámite incidental posterior a la sentencia que resuelve sobre la impugnación acogiendo las pretensiones del demandante. Es necesario que se le atribuya tal facultad a la superintendencia en futuras reformas legislativas.

²²⁸ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Reforma al régimen de sociedades y concursos, Op. cit. p. 314.

Respecto a la imposibilidad de que la superintendencia se pronuncie sobre los perjuicios causados por la decisión impugnada, el profesor Hernán Fabio López comenta: “Circunscrita a las sociedades vigiladas por la Superintendencia de Sociedades, se adscribe, a prevención con los jueces civiles, el conocimiento del proceso de impugnación de actos de junta de accionistas, pero inexplicablemente sin otorgar la posibilidad de que dicha entidad igualmente se pronuncie sobre los perjuicios, evento en el cual es necesario acudir a la justicia civil, lo que pone de presente que en los casos donde se quiera emplear la acumulación de pretensiones lo lógico es ir al juez civil”²²⁹.

Las causales de impugnación de las decisiones de Junta de socios y asamblea de Accionistas están previstas en los artículos 186 y 190 del Código de Comercio, y sin entrar en detalles, son las siguientes:

1. Ineficacia:

- a. Cuando la reunión se realice con un quórum inferior al exigido por las leyes para cada tipo societario.

²²⁹ Así mismo afirma: “Ahora bien, si tan solo se demanda el aspecto atinente a la impugnación del acto ante el Superintendente, una vez decidido puede adelantarse el proceso civil para efectos de los perjuicios, hipótesis en la cual creemos que debe acudir al proceso ordinario pero queda limitada la actuación a demostrar los perjuicios, dado que lo definido por la superintendencia no admite revisión por la justicia civil y no es el juez civil el llamado a revisar la legalidad de la decisión del superintendente por no ser segunda instancia del

- b. Cuando la convocatoria a la reunión sea incompleta o no cumpla los términos y condiciones exigidos por la ley, o por falta de esta; con excepción de lo dispuesto en el artículo 426 del Código de Comercio.
- c. Cuando la reunión se realice fuera del domicilio principal de la sociedad, con excepción de lo dispuesto en el artículo 426 ibídem²³⁰.

Gabino Pinzón sostiene que atendiendo a sus efectos, la ineficacia y la oponibilidad, que se expone más adelante, no deberían ser causales de impugnación de las decisiones sociales, sino más bien objeto de simples excepciones²³¹, sin embargo sostiene que el tenor del artículo 191 del Código de Comercio, al disponer que la acción de impugnación se adelanta cuando las decisiones de la asamblea o junta de socios “no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos”, incluye como causales de impugnación de estas decisiones a la ineficacia y a la inoponibilidad, sobre lo cual señala: “Esta generalización de las acciones de impugnación, es decir, la posibilidad de alegar la ineficacia y la inoponibilidad no solo como excepción sino también como acción, puede tener alguna utilidad práctica que justifique esta falta contra la técnica

mismo”. López Blanco, Hernán Fabio. Ley 446 de 1998 y el Código de Procedimiento Civil, Op. cit., p. 199 a 200.

²³⁰ José Ignacio Narváez considera que el artículo 433 del Código de Comercio dispone que las decisiones adoptadas en contravención a lo dispuesto en los artículos 419 a 432 ibídem, son ineficaces, por lo cual en la asamblea de accionistas de la sociedad anónima la sanción predominante sería la ineficacia [que abarcaría los supuestos de nulidad mencionados en el texto], Teoría general de las sociedades, Op. cit., p. 352. Por su parte, Rafael Bernal Gutiérrez sostiene “El artículo 430 del Código de Comercio señala la ineficacia como sanción general, para todas las irregularidades que en lo tocante a la celebración de la asamblea puedan ocurrir, creo que el correcto entendimiento de dicha norma es el de aplicarla, siempre y cuando la ley, para el caso específico, no hay establecido una sanción determinada”, La Sociedad Anónima en Colombia, Legis Editores S.A., Primera Edición, 1980, Bogotá, Colombia, p. 245.

²³¹ PINZON, Gabino. Sociedades Comerciales, Volumen I, Quinta Edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 1988, p. 196.

jurídica. Porque indudablemente la ineficacia y la inoponibilidad, lo mismo que la nulidad, son fenómenos jurídicos que tienen supuestos de hecho susceptibles de ser discutidos y sobre los cuales puede ser conveniente y hasta necesario que haya certeza, en beneficio de los socios y de terceros”²³².

En contra de la opinión de Gabino Pinzón conforme a la cual la ineficacia de es causal de impugnación de las decisiones sociales, se encuentra el Consejo de Estado, que considera que las decisiones ineficaces no requieren de impugnación, puesto que si la ineficacia, al operar de pleno derecho “... debe entenderse que el derecho de impugnación previsto en el artículo 191 del Código de Comercio sólo es ejercitable contra los actos viciados de nulidad, es decir, los que se adoptan sin la mayoría requerida pero dentro de una reunión realizada con el quórum legal o estatutario, o excediendo los límites del contrato social”²³³. Consideramos que como consecuencia obvia de ésta última posición, habrá de sostenerse que la ineficacia de las decisiones sociales no se sana por el transcurso del término previsto en el artículo 191 del Código de Comercio.

2. Nulidad absoluta:

- a. Cuando la decisión viole normas de carácter imperativo, como lo ordena el artículo 899 del Código de Comercio.

²³² Op. cit., p. 196.

²³³ Sentencia de la Sección Primera, agosto 28 de 1975, M.P. Carlos Galindo Pinilla.

- b. Cuando la decisión se adopte sin el número mínimo de votos exigido por las leyes o los estatutos.
 - c. Cuando la decisión que se adopte exceda los límites del contrato; por ejemplo una decisión que ordena un acto no comprendido en el objeto social de la compañía.
3. Inoponibilidad: cuando la determinación no tenga carácter general²³⁴.

Sobre las causales de impugnación de las decisiones de junta directiva existe un debate doctrinal; autores como Gil Echeverry consideran posible impugnar las decisiones de junta directiva alegando las causales de ineficacia previstas en el art. 190 del código de Comercio para la junta de socios y asamblea de accionistas, en este sentido manifiesta: “Por manera que basta la contravención a la ley y los estatutos, para que sea procedente la acción,... sigo pensando que la remisión, legal permite la aplicación del art. 190 C. Co., a las decisiones de junta directiva pudiéndose predicar la ineficacia de sus decisiones por fallas en la convocatoria, como lo determinó el Tribunal de Medellín en sus sentencias de fecha noviembre 29 de 1993 y septiembre 18 de 1994, en los procesos de UNIBAN S.A.”²³⁵, otros

²³⁴ Enrique Gaviria Gutiérrez señala “*Que una decisión haya de tener carácter general significa que no puede favorecer a un grupo de socios, perjudicando simultáneamente a otros; quiere decir, igualmente, que a todos ha de beneficiar, en proporción a sus respectivos aportes o, lo que es lo mismo, que debe perseguir exclusivamente el interés general de la sociedad, el cual viene a confundirse con el de todos los asociados considerados en su conjunto*”. GAVIRIA GUTIERREZ, Enrique. El derecho de voto en las sociedades comerciales, en “La Contratación Mercantil”, Biblioteca Jurídica Dike, Colegio de Abogados de Medellín, 1ª Edición, 1992, p. 63.

²³⁵ GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. Op. cit. p. 44 y 45.

como Reyes Villamizar sostienen que la junta directiva no se rige para sus sanciones por las normas de la asamblea “Porque las normas de la asamblea son restrictivas y por lo tanto no pueden interpretarse analógicamente... Hay que buscar solamente las ineficacias que existen para la junta directiva. La única que hay se refiere a las decisiones adoptadas por una junta donde exista un parentesco contrario a la ley, de acuerdo con el artículo 435 del Código de Comercio...”²³⁶.

Acogiendo la última de las posiciones expuestas, las causales de impugnación de los actos de junta directiva son:

- a. Nulidad absoluta: cuando el acto impugnado vulnere disposiciones legales o estatutarias, en aplicación del artículo 899 del Código de Comercio.

Así, entre las decisiones que serán absolutamente nulas se encuentran las adoptadas sin el quórum legal o el establecido en los estatutos de la sociedad, o las adoptadas con una mayoría inferior a la establecida en la ley o en los estatutos²³⁷.

²³⁶ Modificaciones relativas a la Superintendencia de Sociedades, Op. cit., p. 63. Con respecto al término para impugnar las decisiones de junta directiva, consideramos que así como no se les puede aplicar a estas decisiones las causales previstas para su impugnación, tampoco se les puede aplicar el término prescrito en el artículo 191 del Código de Comercio, por lo cual habrán de aplicarse las reglas generales sobre prescripción consagradas en el mismo Código.

²³⁷ De conformidad con el artículo 437 del Código de Comercio la junta directiva deliberará y decidirá válidamente con la presencia y los votos de la mayoría de sus miembros, salvo que se estipulare en los estatutos de la sociedad un quórum superior.

b. Ineficacia: determinaciones adoptadas por una junta en la que la mayoría estas conformada por personas ligadas entre sí por matrimonio, o por parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, excepto en las sociedades reconocidas como de familia²³⁸ [art. 435 C. Co.].

6.1. Procedimiento

Empecemos por decir que, al igual a como se establece para las demás funciones jurisdiccionales consignadas en la ley 446, la Superintendencia de Sociedades y el Juez competente conocerán a prevención del asunto [art. 147]²³⁹.

Corresponde al Superintendente o al Juez competente declarar de plano la nulidad de lo actuado inmediatamente tenga conocimiento de la existencia de un proceso anterior sobre el mismo asunto, y ordenará enviar el expediente a la autoridad que conoce del mismo. El incumplimiento de este deber hará incurrir al respectivo funcionario en falta disciplinaria, salvo que pruebe causa justificativa.

²³⁸ Como el Código de Comercio no define la sociedad de familia, la Superintendencia de Sociedades en oficio 220 – 14246 del 26 de julio de 1994, señaló que para efectos de lo dispuesto en el art. 435 ibídem, es necesario recurrir a la aplicación analógica del Decreto 187 de 1985 que en su art. 6 define la sociedad de familia para efectos tributarios, esta es la que cumple los siguientes requisitos: a. Existe sobre ella un control económico, financiero o administrativo y b. Dicho control es ejercido por personas ligadas entre sí por matrimonio o por parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o único civil. Tomado de Doctrinas y Conceptos Jurídicos 1995, Superintendencia de Sociedades, p. 451.

²³⁹ Considerando que de conformidad con el artículo 421 del C. de P. C. la demanda de impugnación debe dirigirse contra la sociedad, el Juez competente será el del domicilio de la sociedad de conformidad con el numeral 7° del artículo 25 del C. de P. C. Así mismo, según el artículo 46 del Decreto 2651 de 1991,

El profesor Hernán Fabio López manifiesta “El establecimiento de la competencia a prevención pone de presente que ante quien primero se presente la demanda queda habilitado para conocer del proceso y caso de que se intente idéntica actuación ante la otra autoridad se declara la nulidad de todo lo actuado con la simple verificación de la existencia del proceso anterior, ordenándose la remisión de lo actuado ante el funcionario que se torno incompetente al otro, circunstancia ilógica por cuanto no se ve el motivo para remitir una actuación que se declaró sin valor, pues lo correcto hubiera sido disponer la remisión pero conservando valor lo actuado en todo lo que pudiera ser útil en el otro proceso en lo que a las pruebas concierne”²⁴⁰.

José Ignacio Narváez considera que los presupuestos procesales de la acción de impugnación son los siguientes:

“1. *Los sujetos activos pueden ser:* a) los administradores; b) el revisor fiscal, si la sociedad lo tuviere; c) los asociados que no concurrieron a la reunión, se opusieron a la decisión y votaron en contra.

2. *El sujeto pasivo* es siempre la sociedad, pues la demanda debe dirigirse contra ella y no contra los administradores ni contra quienes votaron afirmativamente la decisión.

3. *El objeto* de la acción es el que no se ejecute la decisión que vulnera las prescripciones legales o estatutarias; o que si se ha cumplido total o parcialmente, se resane la ruptura del régimen jurídico de la sociedad.

convertido en legislación permanente por el artículo 162 de la ley 446 de 1998, también será competente, a prevención, el juez del domicilio del representante legal de la sociedad.

²⁴⁰ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Ley 446 de 1998 y el Código de Procedimiento Civil, Op. cit., p. 202.

4. *El fundamento o causa petendi* reside siempre en motivos de ilegalidad, puesto que la acción se origina en la violación de preceptos legales o de estipulaciones estatutarias.

5. *El término para incoar el proceso* es de dos meses, que se cuentan a partir de la fecha de reunión en la cual se adoptó la decisión; o desde la fecha de la inscripción de ella en el registro mercantil, cuando está sujeta a tal formalidad²⁴¹.

El inciso primero del artículo 191 del Código de Comercio señala quienes se encuentran legitimados para ejercer la acción de impugnación, a saber:

- a. Los administradores.
- b. Los revisores fiscales.
- c. Los socios ausentes, esto es, aquellos que no estuvieron presentes en la asamblea o junta de socios en que se adoptó la decisión impugnada.
- d. Los socios disidentes, esto es, aquellos que votaron en contra de la determinación impugnada.

Si bien es cierto que en las disposiciones de la ley 446 de 1998 no se menciona contra quien debe dirigirse la demanda, y que no se remitió al artículo 421 del C. de P. C. donde se dispone que la acción de impugnación se dirige contra la sociedad, es evidente que en las acciones de impugnación ejercidas ante la Superintendencia de Sociedades el legitimado en la causa por pasiva habrá de ser la sociedad, puesto que se debate la legalidad de las decisiones de sus

órganos sociales, y no existe razón para sostener que la acción se deba dirigir contra otras personas.

Con respecto a la naturaleza jurídica del término para el ejercicio de la acción de impugnación de las decisiones de junta de socios y asamblea de Accionistas existe un debate doctrinal. Por una parte, José Ignacio Narváez considera que este término tiene la naturaleza de caducidad²⁴², mientras que Gabino Pinzón sostiene que al cabo del plazo previsto en el artículo 191 del C. de Co. "... no se produce una simple caducidad de la acción –considerada en su aspecto procesal-, sino una extinción del derecho y de la acción derivada de tal derecho, en su sentido substancial. Esta extinción del derecho mismo se opone, por sustracción de todo interés jurídico, a cualquier acción o excepción fundada en ese ya inexistente derecho. En otras palabras, ... se produce una verdadera prescripción extintiva del derecho a impugnar una decisión de la asamblea general; es decir, se extingue la acción que tienen las personas facultadas para impugnar sus decisiones, como consecuencia de la extinción del derecho a formular la impugnación del caso. No hay, pues, vía alguna legal procedente después del vencimiento del término indicado"²⁴³.

²⁴¹ NARVAEZ GARCIA, José Ignacio. Teoría General de las Sociedades, Op. cit., p. 388.

²⁴² Ver, Teoría General de las Sociedades, Op. cit., p. 390.

²⁴³ Op. cit., p. 199.

El artículo 137 de la ley 446 dispone que la Superintendencia de Sociedades aplicara al proceso de impugnación las disposiciones del proceso verbal sumario, consagradas en los artículos 435 a 440 del Código de Procedimiento Civil.

Presentada la demanda²⁴⁴, que deberá reunir los requisitos comunes previstos en los artículos 75 y 76 del C. de P. C., la Superintendencia de Sociedades debe admitirla si reúne los requisitos legales, y de ella ordenará correr traslado por el término de cuatro días, a la vez que debe disponer que se notifique personalmente al demandado con entrega de una copia de la demanda y de sus anexos.

La contestación de la demanda deberá realizarse por escrito, a ella deberán anexarse los documentos que el demandado tenga en su poder y sirvan de prueba, así como deben pedirse las pruebas que pretenda hacer valer. Este procedimiento se caracteriza por la imposibilidad de interponer excepciones previas, reconvenir, reformar la demanda, acumular procesos y tramitar incidentes. Los hechos constitutivos de excepciones previas deben alegarse mediante el recurso de reposición contra el auto que ordena correr traslado de la demanda en su término de ejecutoria.

De ahí en adelante el proceso se adelanta en una audiencia, en la que le corresponde a la Superintendencia de Sociedades evaluar los hechos,

²⁴⁴ El artículo 436 del C. de P. C. permite que la demanda de mínima cuantía sea presentada verbalmente ante el secretario del juzgado. Como en el trámite adelantado ante la Superintendencia de Sociedades no hay de por medio reclamaciones estimables económicamente, Consideramos que la demanda que se presente ante la entidad deberá presentarse siempre por escrito.

pretensiones y excepciones de las partes, decretar y practicar pruebas, luego de lo cual analizara los alegatos de conclusión de las partes y proferirá sentencia.

Como ya se anotó, 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 Civil competente.

La ley 446 de 1998 en ninguno de sus apartes previó expresamente la posibilidad de que la Superintendencia de Sociedades pudiese decretar la suspensión provisional del acto impugnado, como si ocurre en el trámite ante juez previsto en el Código de Procedimiento Civil²⁴⁵. Considerando que, **(i)** como ya se ha mencionado reiteradamente, las funciones jurisdiccionales a cargo de las autoridades administrativas deben estar taxativamente consagradas, y **(ii)** no se prevé expresamente que la Superintendencia pueda decretar la suspensión provisional del acto impugnado, y la misma ley, en vez de remitir al proceso abreviado donde si existe esta posibilidad, remitió al proceso verbal sumario donde nada se dispone al respecto; es de concluir que la Superintendencia de Sociedades no cuenta con la facultad de decretar la suspensión provisional del acto impugnado.

²⁴⁵ Para la procedencia de la suspensión provisional del acto impugnado se requiere: a) Que el Juez considere que la medida es necesaria para evitar perjuicios graves, y b) Que el demandante preste caución en la cuantía señalada por el Juez. Como es obvio, mientras el acto impugnado se encuentre suspendido, los administradores de la sociedad no podrán ejecutarlo.

Esta grave error de técnica legislativa resta eficacia a la función jurisdiccional de la Superintendencia de Sociedades.

Por estas mismas razones, tampoco es procedente el decreto de otras medidas cautelares por parte de la Superintendencia.

7. Discrepancias sobre precios de alícuotas

La ley 446 de 1998 dispone:

Artículo 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.

Hay lugar al ejercicio de esta función por parte de la Superintendencia de Sociedades siempre que se cumplan estos requisitos:

- a. Que las partes no se hayan puesto de acuerdo sobre quien debe ser el perito que resuelva su controversia.

b. Que el conflicto se suscite en sociedades no sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria o la de Valores.

La norma en comento determina que la designación de los peritos procede cuando existe un conflicto respecto al precio de acciones, partes de interés o cuotas sociales en los siguientes eventos:

a. Reembolso de aportes: Se presenta cuando debe reintegrarse al asociado, generalmente en dinero, su participación dentro del capital de la sociedad; puede deberse entre otras causas a las siguientes:

- Declaración judicial de nulidad relativa respecto de uno de los socios, caso en el cual debe reembolsársele su aporte, sin perjuicio de terceros de buena fe [artículos 109 y 143 numeral 3º del Código de Comercio].
- Exclusión de la sociedad al socio que no haya cumplido con la obligación de pagar su aporte en la forma y época convenidos [arbitrio de indemnización facultativo de la sociedad previsto en el numeral 1º del artículo 125 C. Co., tratándose de sociedades anónimas esta norma se complementa con lo dispuesto en el art. 397 ibídem].
- Cuando la sociedad disminuya su capital para facilitar el retiro de uno de sus socios [artículos 145 y 146 C. Co.] en hipótesis diferentes a las previstas para el ejercicio del derecho de retiro, como cuando existe enemistad con alguno de los asociados y la sociedad, en acuerdo con el

socio, decide reembolsarle su aporte para que se retire de la sociedad, obviamente con la autorización de la Superintendencia de Sociedades.

- En el evento en que, ante el ejercicio del derecho de retiro de un socio por las causales previstas en la ley, los socios o la sociedad no adquieran la totalidad de las acciones, cuotas o partes de interés, el retiro da 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 artículo 16 de la ley 222 de 1995 disponía que el avalúo se haría por peritos designados por la cámara de comercio del domicilio social. Por ser una norma posterior en el tiempo, la ley 446 de 1998 otorga a la Superintendencia de Sociedades tal función y se la retira a las Cámaras de Comercio.
- b. Derecho de preferencia en la negociación de acciones, partes de interés o cuotas sociales: implica la obligación para el asociado que pretenda enajenar su participación en el capital de la sociedad de ofrecerla a los demás socios antes de proceder a negociar con terceros, con el fin de evitar el ingreso de extraños a la sociedad.
- En la sociedad colectiva no tiene razón de ser porque el socio que desee ceder su interés debe contar con la autorización unánime de los demás consocios [artículos 296 y 316 C. Co.]. Sin embargo nada prohíbe que se estipule el derecho de preferencia en la negociación de las partes de interés.

- En la sociedad en comandita simple también resulta innecesario porque la cesión de las partes de interés de un socio gestor requiere de la aprobación unánime de todos los socios y la cesión de las cuotas de un comanditario, del voto unánime de los demás comanditarios [art. 338 C. Co]. Igualmente, nada prohíbe que se estipule el derecho de preferencia en la negociación de las partes de interés o de las cuotas sociales.
- En la sociedad de responsabilidad limitada existe derecho de preferencia en la negociación de las cuotas sociales, salvo estipulación en contrario [artículo 363 C. Co].
- En la sociedad anónima, y en la sociedad en comandita por acciones, es necesaria la estipulación del derecho de preferencia para que este opere; en las sociedades inscritas en el mercado público de valores se tiene por *no escrita* la cláusula que consagra el derecho de preferencia en la enajenación de acciones [art. 407 C. Co.].

En este caso la actuación de la superintendencia se limita a designar un perito, y en los términos de su dictamen quedara resuelto el conflicto; al referirse a esta función Darío Laguado manifiesta que “... el peritazgo resulta obligatorio, lo cual quiere decir que el superintendente en el fondo no resuelve la controversia sino que ésta es resuelta por el perito cuando fija el precio. Entonces, el superintendente no puede hacer nada, no puede apartarse de lo que el perito dijo”²⁴⁶. Consideramos que esta afirmación es correcta; en efecto, la

²⁴⁶ Op. cit., p. 74.

Superintendencia no es quien resuelve la controversia, por lo tanto no estamos frente al ejercicio de una verdadera función jurisdiccional por parte de la Superintendencia; la actuación de la Superintendencia se limita exclusivamente a designar un perito en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo respecto a su designación; siendo el perito quién realmente resuelve el litigio de las partes.

Reyes Villamizar expresa “En múltiples circunstancias contenidas en el Código de Comercio está previsto el dictamen pericial como mecanismo para resolver asuntos de naturaleza societaria. Estos dictámenes son particularmente útiles en las hipótesis de discrepancia sobre el valor de participaciones de capital que puede originarse en los trámites del derecho de preferencia en su enajenación”²⁴⁷.

Tratándose de las sociedades por acciones, la norma resulta ser una repetición de lo dispuesto en el artículo 407 del Código de Comercio, que permite al Superintendente designar el perito que fijara el precio de las acciones en caso de que los interesados no se pongan de acuerdo sobre su valor y la designación del mismo.

La innovación de la ley 446 consiste en la ampliación de la facultad de la Superintendencia a las sociedades por cuotas y partes de interés, pues no estaba prevista la intervención del superintendente en estas sociedades. Otra innovación

²⁴⁷ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Reforma al régimen de sociedades y concursos, Op. cit. p. 315.

es el procedimiento aplicable en este trámite, que es el consagrado en los arts. 134 y 135 ibídem, a los que nos referiremos con posterioridad,

8. Designación de peritos

La ley 446 de 1998 dispone:

Artículo 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.

Artículo 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.

Esta función no puede ser considerada como jurisdiccional, es más bien un instrumento para el adecuado ejercicio de las funciones jurisdiccionales que la ley ha atribuido a la superintendencia. Por ello la ley 446 le ha reconocido un mero carácter instrumental, así lo prevé en su art. 134 en su primer inciso *“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...”*.

Igualmente está previsto como instrumento para resolver las discrepancias entre los asociados, o entre éstos y la sociedad respecto al valor de los aportes en caso de reembolso, o el valor de la participación, cuando se ejercita el derecho de preferencia en la negociación de acciones, cuotas sociales o partes de interés.

Es necesario mencionar que este no es el único medio probatorio del que disponen las superintendencias para el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, así lo manifiesta Darío Laguado “Lo único que se reguló es cómo se designa el perito, pero el superintendente bien puede acudir a otros sistemas probatorios y apoyar su decisión en otras pruebas”²⁴⁸.

8.1. Procedimiento

La designación de los peritos le corresponde al Superintendente, quien lo escogerá de listas que para tal efecto elaborarán las Cámaras de Comercio²⁴⁹, atendiendo las reglas establecidas en el artículo 9º del Código de Procedimiento Civil [estas reglas a las que se remite consagran la designación rotatoria de los peritos].

²⁴⁸ Op. cit., p. 74.

²⁴⁹ Esto no constituye novedad alguna, la ley 222 de 1995 en su art. 231 dispuso “En los casos en que de acuerdo con esta ley o con el libro segundo del Código de Comercio, deban designarse peritos, esta la hará la cámara de comercio correspondiente al domicilio principal de la sociedad, las cuales y para tal fin, elaborarán listas integradas por expertos en cada una de las respectivas materias”; la única innovación introducida por la ley 446 radica en que en los eventos en ella previstos (conflictos de que conocen las Superintendencias en ejercicio de funciones jurisdiccionales, reembolso de aportes y ejercicio del derecho de preferencia) éstos serán designados por el Superintendente y no por la Cámara de Comercio.

El nombramiento se notificará por telegrama o enviando por correo certificado el oficio en que conste la designación [art. 2º ley 446 de 1998], el cargo es de obligatoria aceptación dentro de los cinco (5) días siguientes al envío del telegrama o correo certificado, sino acepta dentro del término antes señalado será excluido de la lista, salvo que haya una justificación aceptada.

Los peritos deben tomar posesión de su cargo 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 [los peritos son recusables por las mismas causales que los jueces, artículos 150 y 235 del C. de P. C.].

Los peritos deben rendir su dictamen dentro del término que para ello fije el superintendente o su delegado en la diligencia de posesión.

Una vez el perito entregue su dictamen, el superintendente dará traslado de este 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, que brevemente se resumen a continuación.

Si las partes solicitan aclaración o adición, y el superintendente lo considera procedente, debe fijar a los peritos un término prudencial para ello, sin que exceda de diez días. De la aclaración o adición debe darse traslado a las partes, durante los cuales pueden objetar el dictamen por error grave.

Si las partes objetan el dictamen por error grave, de las objeciones se da un traslado de tres días, dentro de los cuales es posible solicitar pruebas. El Superintendente debe decretar las que considera necesarias y concederá un término de diez días para su práctica.

Si el superintendente considera procedente la objeción, podrá acoger como definitivo el dictamen practicado para probar la objeción, o decretar de oficio un nuevo dictamen con distintos peritos, que será inobjetable, pero del cual se da traslado para que las partes puedan pedir su aclaración o complemento.

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.

9. Aprobación de inventarios en liquidaciones privadas

La liquidación de sociedades es “... un procedimiento regulado en la ley, en forma imperativa, que persigue, mediante la realización de una cadena de actos complejos, la conclusión de las actividades pendientes al tiempo de la disolución, la realización de los activos sociales, el pago del pasivo externo, la repartición del remanente de dinero o bienes entre los socios y la extinción de la persona jurídica - sociedad”²⁵⁰; este procedimiento se denomina *privado* cuando se adelanta sin intervención de entidades estatales siguiendo el trámite previsto en los artículos 225 a 259 del Código de Comercio, en oposición al proceso de *liquidación obligatoria* en el que, debido a la insolvencia de la sociedad, se ejerce la activa intervención de la Superintendencia de Sociedades en su papel de Juez del concurso.

Como excepción al carácter privado del primero de los procesos mencionados, se consagró en el Código de Comercio la intervención obligatoria de la Superintendencia de Sociedades en la aprobación del inventario del patrimonio social en las sociedades por acciones [artículo 233 Código de Comercio], y su intervención optativa en la liquidación de sociedades por cuotas o partes de interés [art. 237 *ibídem*].

La Superintendencia de Sociedades en la circular externa 04 del 20 de julio de 1996, dirigida a los representantes legales y liquidadores de sociedades vigiladas, consideró que los artículos del Código de Comercio que le atribuían

²⁵⁰ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Disolución y liquidación de sociedades, Op. cit., p. 140.

competencia para intervenir en la liquidación voluntaria de sociedades fueron derogados por las disposiciones sobre inspección y vigilancia consignadas en la ley 222 de 1995:

“A partir del 21 de junio de 1996, la Superintendencia de Sociedades perdió competencia para tramitar el proceso liquidatorio de las sociedades vigiladas, y en consecuencia, no habrá lugar a que este organismo participe en las siguientes diligencias:

Aprobación del inventario del patrimonio social, inclusive en los casos contemplados en los artículos 233 y 237 del Código de Comercio.

Resolución de las objeciones formuladas a los inventarios presentados.

Aprobación de la liquidación de sociedades vigiladas”.

Sin embargo, la mencionada circular fue declarada nula por el Consejo de Estado²⁵¹, el tribunal consideró que las normas sobre inspección y vigilancia de la ley 222 no resultan contrarias a los artículos 233 a 237 del Código de Comercio:

“En primer lugar, porque dentro de las disposiciones de la Ley 222 de 1995 no se encuentra norma alguna que prohíba la liquidación voluntaria del patrimonio social de las sociedades por acciones, a la cual le es aplicable el trámite previsto en los artículos 233 a 237 del Código de Comercio, y, en segundo lugar, porque en los artículos 82 a 87 de dicha ley se deja a salvo la inspección, vigilancia y control “en los términos establecidos en las normas vigentes” (art. 82); en el numeral 5º del artículo 84 se prevé que luego de decretada la disolución de una sociedad y ordenada su liquidación se adopten las medidas a que haya lugar, medidas éstas dentro de las cuales pueden encajar las relativas al inventario del patrimonio

social... Los razonamientos precedentes conducen a la Sala a la conclusión de que el acto administrativo acusado fue falsamente motivado...”.

Esta facultad estaba prevista de igual manera en el art. 279 del Código de Comercio, derogado expresamente por el artículo 242 de la ley 222 de 1995, que permitía a la superintendencia aprobar la liquidación de sociedades sometidas a su vigilancia a solicitud de los liquidadores.

La Superintendencia de Sociedades, luego de la mencionada decisión del Consejo de Estado, ha señalado que “...es competente, una vez decretada la disolución de una sociedad por acciones y ordenada su liquidación, para impartir la aprobación del inventario del patrimonio social, en los términos establecidos en el artículo 233 del Código de Comercio, previo el traslado del mismo a los socios y acreedores con el fin de que presenten las objeciones por falsedad, inexactitud o error grave (art. 235), siempre y cuando la misma se encuentre incurso en alguna de las causales de vigilancia contenidas en el Decreto 3100 de 1997... Respecto de las sociedades por cuotas o partes de interés, en las que si bien no es obligatoria la intervención de la superintendencia, se aplicará el procedimiento al que aluden los artículos antes mencionados, cuando así lo solicite la compañía y ella presente alguno de presupuestos que determinan la vigilancia por parte de esta entidad (C. Co. Art. 237)... En este orden de ideas, se concluye que si la sociedad por usted

²⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Expediente 4859, Sentencia

representada, aunque pertenece al tipo de las anónimas, no se halla en ninguna de las causales de vigilancia, no es de la órbita de la competencia de la superintendencia aprobar el inventario del patrimonio social”²⁵².

Esta posición ha sido continuamente reiterada por la entidad, señalando que “... de acuerdo con la sentencia proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado el 17 de septiembre de 1998 Con fundamento en dicha providencia y en desarrollo de la atribución a que alude el numeral 5° del artículo 84 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con los artículos 233 a 237 del Código de Comercio, esta Superintendencia imparte la aprobación del inventario del patrimonio social respecto de las sociedades por acciones que se encuentren sujetas a su vigilancia, así como de las sociedades limitadas que se encuentren en la misma situación de vigilancia, respecto de las cuales medie solicitud.”²⁵³

[Subrayado nuestro].

Atendiendo a lo anterior, a nuestro juicio, esto no impide que la Superintendencia de Sociedades intervenga en el proceso liquidatorio de las sociedades por acciones y por cuotas o partes de interés no vigiladas por la entidad cuando los liquidadores de estas sociedades decidan por su propia voluntad presentar ante la entidad el inventario del patrimonio social.

de septiembre 17 de 1998, Consejero Ponente: Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

²⁵² Superintendencia de Sociedades, Oficio 220 – 53681 de Junio 2/99. Tomado del Código de Comercio, Hojas sustituibles, Legis Editores, No. interno 1552-1. En este mismo sentido el Oficio 220 – 17025 de marzo 9 de 2000.

La intervención de la superintendencia tiene por objeto, mediante el traslado del inventario, permitir a los interesados el análisis del inventario y hacerse parte en el trámite de aprobación del mismo.

Las características de esta función son las siguientes:

- a. Es obligatoria su intervención en los procesos liquidatorios de las sociedades por acciones vigiladas [sociedad anónima y comanditaria por acciones], y potestativa a voluntad de los liquidadores en las sociedades por acciones no vigiladas, o por cuotas y partes de interés vigiladas o no vigiladas [sociedad colectiva, en comandita simple y de responsabilidad limitada].
- b. La función de la superintendencia consiste en dar traslado del inventario del patrimonio social, permitir a los interesados [acreedores y socios] que lo objeten por falsedad, inexactitud o error grave y decidir sobre las objeciones [art. 235 Código de Comercio].
- c. Se trata de una función jurisdiccional; el superintendente soluciona el conflicto surgido entre los liquidadores y los interesados [socios y acreedores] sobre el valor de los activos y pasivos al determinar la procedencia o improcedencia de las objeciones formuladas por estos últimos. Los efectos jurídicos de la aprobación de la Superintendencia respaldan esta posición, puesto que “La

²⁵³ Superintendencia de Sociedades, Oficio 320-72074 de 20 noviembre de 2000.

aprobación impartida por el superintendente originaba una consecuencia significativa: para efectos del pago del pasivo externo de la sociedad, los bienes inventariados determinaban los límites de la responsabilidad de los liquidadores como tales, respecto de los asociados y terceros²⁵⁴, como lo disponen los artículos 237 y 242 del Código de Comercio.

Se trata sin duda de una función jurisdiccional; así, el maestro Gabino Pinzón al referirse a las modificaciones introducidas a las normas sobre liquidación voluntaria de sociedades del proyecto de Código de Comercio de 1958 afirma que en tal proyecto se dispuso: "... la sustitución de los jueces por el Superintendente de Sociedades en la aprobación del balance destinado a servir de base de la liquidación en el caso de las sociedades por acciones; con esto, es decir, atribuyendo a un funcionario meramente administrativo la tramitación y aprobación del inventario, con las correspondientes **decisiones en derecho**"²⁵⁵ [Subrayado nuestro].

De la misma opinión son Cantillo y Mojica, quienes sostienen igualmente que la Superintendencia actúa como juez al fallar sobre las objeciones al inventario²⁵⁶.

²⁵⁴ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Disolución y liquidación de sociedades, Op. cit., p. 215.

²⁵⁵ PINZON, Gabino. Op. cit., p. 275.

²⁵⁶ CANTILLO VASQUEZ, Ignacio y MOJICA RODRIGUEZ, María Esperanza. Op. cit., p. 142.

9.1. Procedimiento²⁵⁷

Luego de que el liquidador ha informado a los acreedores sociales sobre el estado de liquidación en que se encuentra la sociedad, por medio de aviso que se publicará en un diario de circulación regular en el domicilio social (artículo 232 del Código de Comercio), se debe realizar la presentación del inventario del patrimonio social por el liquidador y el revisor fiscal de la sociedad ante la superintendencia, dentro del mes siguiente a la fecha en que la sociedad quede disuelta respecto de los socios y de terceros.

Si son varios los liquidadores de la sociedad, y están de acuerdo sobre el inventario, el superintendente debe señalar la fecha en que este debe ser presentado por los liquidadores, que no puede ser inferior a un mes ni superior a tres meses contados desde la fecha en que el superintendente haga el señalamiento. En este evento el superintendente debe ordenar que se cite a todos los socios y acreedores de la sociedad por medio de un edicto que se fija por quince días en la secretaria de la entidad, y que se publicara en un periódico que circule regularmente en el lugar del domicilio social y en los de las sucursales de la sociedad.

El inventario debe contener:

²⁵⁷ Cantillo y Mojica exponen ampliamente el trámite de aprobación del inventario, Op. cit., p. 140 a 143. Al respecto también pueden consultarse los siguientes oficios de la Superintendencia de Sociedades: Oficio 220

- a. Relación pormenorizada de los activos sociales.
- b. Relación de todas las obligaciones de la sociedad; incluidas las que sólo eventualmente puedan afectar su patrimonio como las condicionales, litigiosas, fianzas, avales, etc..
- c. Especificación del orden legal o prelación de las obligaciones para su pago.

A la diligencia de presentación del inventario debe concurrir personalmente el liquidador o liquidadores, para que bajo juramento, afirmen que en él se refleja fielmente la situación patrimonial de la sociedad disuelta. Si el liquidador, o alguno de ellos, no es contador, deberán presentarse con un contador público que autorice el inventario y preste el mencionado juramento.

Posteriormente el superintendente debe proceder a realizar un análisis de la legalidad del inventario, luego de lo cual ordena correr traslado común a los socios y a los acreedores de la sociedad por un término de diez días hábiles²⁵⁸.

El traslado debe surtirse en la secretaría de la entidad, y durante el término del mismo y cinco días más, tanto los asociados como los acreedores podrán objetarlo por falsedad, inexactitud o error grave²⁵⁹.

– 40774 de Junio 19 de 2000, Oficio 220 – 39207 de Junio 8 de 2000 y Oficio 320-72074 de 20 noviembre de 2000.

²⁵⁸ Reyes Villamizar sostiene que la inadecuada publicidad del procedimiento antes que favorecer a los acreedores, beneficia a los liquidadores por la limitación de responsabilidad que produce de conformidad con el art. 258 C. Co., Disolución y liquidación de Sociedades, Op. cit., p. 215.

Las objeciones presentadas se resuelven mediante el trámite de los incidentes previsto en el Código de Procedimiento Civil, y si las objeciones prosperan, el superintendente ordenara las rectificaciones del caso.

Los simples errores aritméticos pueden corregirse por el superintendente de oficio o a petición de parte, en cualquier tiempo sin necesidad de recurrir a los trámites anteriormente señalados.

Tramitadas las objeciones y hechas las correspondientes rectificaciones, o vencido el término para la formulación de objeciones sin que se hayan presentado, el superintendente aprobara el inventario, y ordenará devolver lo actuado a los liquidadores, para que dichas diligencias se protocolizen junto con la cuenta final de la liquidación.

Luego de surtido el trámite ante la superintendencia los liquidadores proceden a la enajenación de activos, pago del pasivo externo y a la distribución del remanente entre los socios, observando las disposiciones legales y respetando el orden de

²⁵⁹ Ha señalado la Superintendencia que “Cuando se esta en la presencia de una liquidación privada, los acreedores no están en la obligación de hacerse parte para obtener el pago de la deuda, ni se les exige un plazo para hacerse parte; desde luego que si no aparecen en la relación de activos sociales pues seguramente se tornará en un proceso litigioso el probar la existencia de la acreencia, lo que obligaría al liquidador a tener dicho crédito como litigioso y efectuar la reserva exigida (C. Co. Art. 245). Así que pueden hacerse parte durante cualquier etapa del proceso liquidatorio, naturalmente con el riesgo de perder su preferencia no por extemporáneo, sino porque haya comenzado el pago de otros créditos”, Oficio 220 – 39207, Junio 8 de 2000, Tomado del Código de Comercio, Hojas Sustituibles, Legis S.A., No. Interno 1549.

prelación de pago de los créditos, lo cual se comprobará con una certificación suscrita por el liquidador y el revisor fiscal (artículo 242 Código de Comercio).

Para efectos del pago de las obligaciones en su orden de prelación legal, los bienes inventariados determinan los límites de la responsabilidad de los liquidadores, respecto de los asociados y terceros, sin perjuicio de la obligación de estos últimos ante la insuficiencia de activos de exigir a los socios de las sociedades por cuotas o partes de interés el faltante necesario para el pago, cuando a ello haya lugar según las normas correspondientes [artículos 242 y 243 Código de Comercio].

Luego del pago del pasivo externo, se debe elaborar la cuenta final de liquidación y posteriormente inscribirla en el registro mercantil [artículo 28 numeral 9 y 248 del Código de Comercio]. Posteriormente, la cuenta final de liquidación deberá protocolizarse en una notaría ubicada en el domicilio social, junto con las diligencias del inventario [Art. 247 *Ibidem*].

Los terceros no pueden impugnar la liquidación si ésta se ajusta al inventario aprobado por el Superintendente de sociedades y a las normas de orden público que presiden la liquidación de sociedades [art. 258 *ibidem*].

10. Revisión de contratos de suscripción de acciones

De conformidad con el artículo 384 del Código de Comercio, la suscripción de acciones es un contrato por el cual una persona se obliga a pagar un aporte a una sociedad anónima de acuerdo con el reglamento respectivo y a someterse a sus estatutos. A su vez, la sociedad se obliga a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente.

El numeral 3° del artículo 87 de la ley 222 de 1995 consagra como medida administrativa adoptable por la Superintendencia de Sociedades: “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”²⁶⁰, se trata en realidad de una función jurisdiccional y no de una función administrativa como pretende la ley 222 al calificarla de *medida administrativa*.

²⁶⁰ Sobre esta disposición ha señalado la Superintendencia de Sociedades “La irregularidad en una negociación consistente por ejemplo en la ausencia de la relación o vínculo laboral, la cual en los términos de la Ley 226 de 1995, constituye condición sine qua non para adquirir las acciones de la compañía, en las circunstancias que la ley prevé escapa a la competencia del numeral 3° del artículo 87 de la ley 222 citada, y por tanto habrá de acudir a la jurisdicción ordinaria que reconozca tal hecho... No está por demás señalar que si en la certificación expedida para adquirir acciones, se dicen o surgieron cosas que no sean ciertas, ello corresponde a un aspecto que no compete decidir a este Despacho. Ahora bien, si allí se emplearon frases o expresiones que tienen un sentido distinto al que la gramática pone en evidencia o que surgen de una mera lectura, tampoco es del resorte de este Despacho ocuparse de ello. Por lo expuesto y tal como se ha reiterado, esta superintendencia en esos eventos acatará lo que la jurisdicción ordinaria resuelva sobre el particular” Resolución No. 100 – 1573 de agosto 27 de 1998.

Consideramos que se trata de una función jurisdiccional porque la Superintendencia de Sociedades entra a resolver un conflicto entre particulares originado en la posible ilegalidad del contrato de suscripción y la revisión de un acto jurídico con el fin de verificar su legalidad. La principal característica de este procedimiento, que nos lleva a afirmar su carácter jurisdiccional, es que en caso de que la superintendencia encuentre que el contrato de suscripción no se adapta a las prescripciones legales y estatutarias, profiere una orden *condenando* a la sociedad a subsanar los defectos que la entidad le señale, es decir, tiene un poder condenatorio sobre un particular²⁶¹.

Si bien es cierto que la Corte Constitucional al referirse a la funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria señaló “Sin embargo, es claro que el artículo 116 enfatiza el carácter excepcional de este tipo de atribuciones; por lo mismo, cuando se trata de interpretar normas que atribuyen funciones pero son ambiguas en cuanto a su carácter, como las que ocupan la atención de la Corte, habrá de darse preferencia a una interpretación según la cual las funciones son, como norma general, administrativas, salvo aquellas que el Legislador haya determinado, con precisión y especificidad, que son jurisdiccionales”²⁶², consideramos que estas consideraciones no son aplicables a esta función, ni a las que se estudian en adelante; es decir, que si bien es cierto que la ley las ha

²⁶¹ Reyes Villamizar considera que la función en comento es jurisdiccional, Reforma al régimen de sociedades y concursos, Op. cit., p. 313.

²⁶² Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C – 649 de junio de 2001, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

calificado erróneamente como jurisdiccionales, no es menos cierto que su real carácter es el de una función jurisdiccional.

Por lo tanto, a nuestro juicio, no se trata de funciones de naturaleza ambigua y que en consecuencia, atendiendo a lo señalado por la Corte Constitucional, deban ser tenidas como administrativas, sino que su naturaleza no es ambigua ni discutible, porque en ejercicio de ellas la Superintendencia actúa como un juez componedor de intereses que puede solucionar un conflicto entre particulares, razón por la cual deberá reconocerse su carácter jurisdiccional.

Sin embargo, reconocemos que estos argumentos muy probablemente no serán de recibo por parte de los funcionarios de la Superintendencia de Sociedades, quienes preferirán optar por considerar que tales funciones son administrativas. Habrá de esperarse entonces a lo que resuelva el Consejo de Estado, el que al decidir sobre la admisión de demandas de nulidad contra los actos de la superintendencia dictados en ejercicio de estas funciones determinará su real naturaleza.

10.1. Procedimiento

Para que la Superintendencia de Sociedades pueda proceder a revisar el respectivo de contrato de suscripción es necesario que se presente solicitud, por

escrito, de uno o más asociados representantes de no menos del diez por ciento del capital social o alguno de los administradores.

Del escrito contentivo de la solicitud se debe dar traslado a la sociedad respectiva por el término de diez días a fin de que controvierta los hechos en que se funda 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.

11. Orden de reforma de cláusulas estatutarias ilícitas

Los estatutos sociales son "... el ordenamiento consentido por los fundadores de la compañía para regular la vida de esta tanto en su organización como en sus relaciones internas y externas. Esas reglas de conducta constituyen la ley primordial de los asociados, y si son válidas *preferirán a las normas legales*

*supletivas y a las costumbres mercantiles...*²⁶³, esto porque los estatutos constituyen una fuente formal del derecho mercantil por ser un contrato [art. 4º C. Co.].

El contrato de sociedad, debido principalmente a su carácter plurilateral, tiene un régimen particular de nulidades consagrado en los artículos 101 a 109 del Código de Comercio.

Como es de todos conocido, para que un acto jurídico sea declarado nulo se requiere que un Juez si lo manifieste en una sentencia, el contrato de sociedad no constituye excepción a este principio. Con el fin de otorgar a los asociados una vía distinta a la de acudir a los Jueces Civiles para que se declare la nulidad de las cláusulas estatutarias ilícitas, el art. 87 de la ley 222 de 1995 consagra como medida administrativa adoptable por la Superintendencia de Sociedades: “La orden para que se reformen las cláusulas o estipulaciones de los estatutos sociales que violen normas legales.” Idéntica potestad se encuentra consagrada en favor de esta Superintendencia respecto de las sociedades sometidas a su vigilancia [Art. 84, numeral 10].

Al igual que la función anterior, consideramos que se trata de una función jurisdiccional porque la Superintendencia de Sociedades entra a resolver un conflicto entre particulares originado en la posible ilegalidad de las cláusulas

²⁶³ NARVAEZ GARCIA, José Ignacio. Teoría General de las sociedades, Op. cit., p. 231.

contrato de sociedad, pues en el evento de que la Superintendencia encuentre que el contrato de sociedad adolece de alguno de los vicios de nulidad consagrados en el Libro segundo del Código de Comercio proferirá una orden *obligando* a la asamblea general de accionistas o junta de socios sociedad a reunirse para que proceda a subsanar la nulidad mediante una reforma estatutaria²⁶⁴. El procedimiento resulta poco eficiente por la necesidad de convocar a los socios para que adopten la medida correspondiente, hubiera sido preferible permitir a la Superintendencia anular ella misma las disposiciones ilícitas del contrato como lo hacen los jueces civiles.

Para que la superintendencia pueda proceder a analizar las disposiciones del contrato social, es necesario que así se lo soliciten uno o más asociados representantes de no menos del diez por ciento del capital social o alguno de los administradores.

En tratándose de sociedades sometidas a vigilancia de esta Superintendencia, Consideramos que por ser deber de la entidad velar que estas se ajusten a la ley en su formación y funcionamiento esta facultad puede ser ejercida oficiosamente, por lo cual no se requerirá solicitud de los asociados o administradores.

11.1. Procedimiento

La solicitud, presentada por uno o más de los asociados representantes de no menos del diez por ciento del capital social o alguno de los administradores, cuando sea necesaria, según lo antes expuesto, 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 para que conteste a los hechos contenidos en la solicitud y proponga los argumentos jurídicos pertinentes,

Al cabo del término de traslado, deberá tomarse la decisión respectiva. Para tal fin la Superintendencia podrá convocar la asamblea o junta de socios u ordenar su convocatoria a los administradores o al revisor fiscal, quienes tienen poder de convocatoria sobre el máximo órgano de la sociedad.

12. Suspensión de operaciones irreales

Con el fin de proteger a los socios minoritarios de las sociedades subordinadas²⁶⁵ de la posibilidad de que "... la sociedad a la que pertenecen se emplee como instrumento para favorecer los intereses de otra persona natural o jurídica", y

²⁶⁴ Reyes Villamizar considera que la función en comento es jurisdiccional, Reforma al régimen de sociedades y concursos, Op. cit., p. 313.

²⁶⁵ El artículo 260 del Código de Comercio, modificado por el art. 26 de la ley 222 de 1995, dispone que "Una sociedad será subordinada o controlada, cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquella se

evitar así perjuicios al patrimonio de la sociedad y vulneración de los derechos de los socios minoritarios el Código de Comercio de 1971 estableció:

Artículo 265. El Gobierno podrá comprobar, por medio de los respectivos organismos de control, la realidad de las transacciones sobre bienes que se negocien a cualquier título entre una sociedad y sus subordinadas, filiales o subsidiarias.

Esta disposición no consagraba las facultades que podía ejercer el organismo de control en caso de que encontrara que las operaciones resultaran irreales.

El artículo 31 de la ley 222 de 1995 dispuso que el artículo 265 del Código de Comercio tuviese el siguiente tenor:

Art. 265. Los respectivos organismos de inspección, vigilancia o control, podrán comprobar la realidad de las operaciones que se celebren entre una sociedad y sus vinculados. En caso de verificar la irrealidad de tales operaciones o su celebración en condiciones considerablemente diferentes a las normales del mercado, en perjuicio del Estado, de los socios o de terceros, impondrán multas y si lo considera necesario, ordenarán la suspensión de tales operaciones. Lo anterior, sin perjuicio de las acciones de socios y terceros a que haya lugar para la obtención de las indemnizaciones correspondientes.

Esta disposición, a diferencia de la subrogada, si consagra las medidas adoptables por la entidad de control:

- a. Imposición de multas.
- b. Suspensión de las operaciones [negocios] entre las vinculadas.

Las características de esta función son las siguientes:

denominará filial, o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se

- a. Permite verificar no solamente la realidad de las operaciones, sino su celebración en condiciones considerablemente diferentes a las normales del mercado, como lo son el precio, condiciones de pago, obligaciones de las partes, etc.
- b. La entidad de control, que tratándose de entidades no sometidas a la vigilancia y control de otras superintendencias, corresponde a la Superintendencia de Sociedades, puede, además de imponer multas a los administradores y revisores fiscales de la sociedad que resulta perjudicada, **suspender** los negocios jurídicos previstos en la norma.
- c. Es una función jurisdiccional como lo señala el Profesor Reyes Villamizar: “Esta atribución es, sin lugar a dudas, una de las más drásticas que se conceden a las entidades de control, en cuanto implica, en la práctica, el ejercicio de una verdadera función jurisdiccional que puede afectar la vigencia de contratos derecho privado celebrados por las personas vinculadas”²⁶⁶.

La actuación de la superintendencia se efectúa sin perjuicio de las acciones de socios y terceros a que haya lugar para la obtención de las indemnizaciones correspondientes ante los jueces civiles.

llamará subsidiaria”.

²⁶⁶ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Reforma al régimen de sociedades y concursos, Op. cit., p. 181.

Esta facultad se complementa con otras potestades de la Superintendencia de Sociedades sobre las sociedades vinculadas, no sometidas a la vigilancia de la superintendencias Bancaria y de Valores:

- a. La Superintendencia de Sociedades puede determinar la existencia del grupo empresarial cuando exista discrepancia sobre los supuestos que lo originan [art. 28 ley 222 de 1995].
- b. Puede constatar la veracidad del contenido del informe especial que los administradores de las sociedades controladas así como los de la controlante deben presentar a la asamblea o junta de socios en el que se expresa la intensidad de las relaciones económicas existentes entre la controlante o sus filiales o subsidiarias con la respectiva sociedad controlada, y si es del caso, adoptar las medidas que fueren pertinentes [art. 29 ibídem].
- c. La Superintendencia de Sociedades, de oficio o a solicitud de cualquier interesado, puede declarar la situación de vinculación y ordenar su inscripción en el registro mercantil, sin perjuicio de la imposición de las multas a que haya lugar por dicha omisión, si la sociedad controlante no lo hace constar en documento privado dentro de los treinta días siguientes a la configuración de la situación de control [art. 30 ibídem].

13. Discrepancias respecto de la ocurrencia de una causal de ejercicio del derecho de retiro

El derecho de retiro o de receso permite al asociado que se encuentre en determinadas circunstancias, definidas por el legislador, retirarse de la sociedad²⁶⁷.

De conformidad con el artículo 14 de la ley 222 de 1995, en concordancia con el artículo 2º, numeral 23 del decreto 1080 de 1996, a la Superintendencia de Sociedades corresponde dirimir la controversia que se suscita entre los socios cuando estos no logran ponerse de acuerdo sobre la ocurrencia de una causal que de lugar al ejercicio del derecho de retiro de los socios ausentes o disidentes de las sociedades inspeccionadas, vigiladas o controladas por ella:

Art. 14. Ejercicio del derecho de retiro y efectos. Los socios ausentes o disidentes podrán ejercer el derecho de retiro dentro de los ocho días siguientes a la fecha en que se adoptó la respectiva decisión. La manifestación de retiro del socio se comunicará por escrito al representante legal.

El retiro produce efectos frente a la sociedad desde el momento en que se reciba la comunicación escrita del socio y frente a terceros desde su inscripción en el registro mercantil o en el libro de registro de accionistas. Para que proceda el registro bastará la comunicación del representante legal o del socio que ejerce el derecho de retiro.

²⁶⁷ De conformidad con el art. 12 de la ley 222, el derecho de retiro procede 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. El párrafo del mismo artículo señala que 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 el 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.

Salvo pacto arbitral, en caso de discrepancia sobre la existencia de la causal de retiro, el trámite correspondiente se adelantará ante la entidad estatal encargada de ejercer la inspección, vigilancia o control.

Si la asamblea de accionistas o junta de socios, dentro de los sesenta días siguientes a la adopción de la decisión, la revoca, caduca el derecho de receso y los socios que lo ejercieron, readquieren sus derechos, retrotrayéndose los de naturaleza patrimonial al momento en que se notificó el retiro al representante legal.

El carácter jurisdiccional de esta función lo determina el hecho de que la superintendencia resuelve el conflicto entre los particulares mediante la aplicación de la ley a un caso concreto. Además la entidad sólo puede conocer de estos conflictos cuando no estén sometidos a pacto arbitral, si los árbitros que resuelven este conflicto lo hacen en ejercicio de su función jurisdiccional [artículo 111 ley 446 de 1998] es lógico pensar que si la Superintendencia realiza la misma función esta también sea jurisdiccional²⁶⁸.

Con ocasión del derecho de retiro la Superintendencia de Sociedades ejerce otras funciones, ya se mencionó que en caso de 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

²⁶⁸ En la obra de Solomon y Palmiter se puede encontrar que en los Estados Unidos, el derecho de retiro se denomina “The Appraisal Remedy” [El remedio de avalúo], que ante cambios orgánicos en la sociedad les da el derecho a los accionistas minoritarios para disentir y pedir que se les pague el "valor justo" [fair value] de su participación en dinero efectivo. Estos mismos autores sostienen que en las jurisdicciones donde no se aplica la Ley Tipo de Sociedades Comerciales en su versión revisada [Revised Model Business Corporation Act RMBCA], como en Delaware, para poder ejercer este derecho es necesario que los disidentes ejerzan una acción ante la corte, pues no reciben pago hasta que finalmente este sea ordenado por la corte. En los estados en que si se aplica el RMBCA, si el accionista cumple con el procedimiento previsto en la ley, la sociedad debe pagarle al disidente el valor justo de su participación; la intervención de la corte sólo es un último recurso si el accionista considera que el pago de la sociedad es inadecuado y fallan las negociaciones entre ellos. Op. cit., p. 543 y 545.

las partes. A falta de acuerdo, el avalúo se hará por peritos designados por la Superintendencia de Sociedades.

Igualmente, la Superintendencia de Sociedades puede establecer plazos superiores a los previstos en los estatutos o en la ley para el pago del reembolso que ocasiona el derecho de retiro, si la sociedad demuestra que el reembolso dentro de dicho término afectará su estabilidad económica²⁶⁹.

Otra facultad de la superintendencia consiste en que dentro de los dos meses siguientes a la adopción de la decisión que da lugar al derecho de retiro, podrá, de oficio o a petición de interesado, determinar la improcedencia del derecho de retiro, cuando establezca que el reembolso afecta sustancialmente la prenda común de los acreedores²⁷⁰.

²⁶⁹ En la Circular Externa No. 10 de 1997 de la Superintendencia de Sociedades, se determinaron los requisitos de la solicitud con la que se da inicio al trámite; se exige una solicitud que debe ser presentada por el socio que pretenda ejercer el derecho de retiro o por el representante legal de la sociedad, indicando la causal que se invoca y los motivos que la generan, a tal solicitud deben acompañarse los siguientes documentos: certificado de existencia y representación legal, las pruebas que permitan acreditar la calidad de socio. Copia íntegra de los estatutos sociales vigentes, copia del acta contentiva de la reunión del máximo órgano social en la cual se adoptó la decisión que origina el ejercicio del derecho de retiro, copia de la comunicación escrita que el socio le envió al representante legal de la sociedad con constancia de recibo o radicación, copia del aviso de convocatoria a la reunión que se ocupó de la transformación, fusión o escisión que dio origen al ejercicio del derecho de retiro, explicación y prueba de la desmejora de los derechos patrimoniales del socio que ejerce el derecho de retiro, dirección del solicitante y dirección de la sociedad para las notificaciones que a cada uno corresponde.

²⁷⁰ Al respecto puede consultarse Jorge Hernán Gil Echeverry, Op. cit., p. 57 a 60.

CONCLUSIONES

La eficacia de las disposiciones de la ley comercial, y particularmente del derecho societario, así como la existencia de mecanismos idóneos para la protección de los derechos de socios, accionistas y terceros es un requisito *sine qua non* para el desarrollo económico de una nación.

Bien sea mediante la atribución de la resolución de conflictos a la rama jurisdiccional del poder público o mediante la atribución de funciones jurisdiccionales para los mismos fines a las entidades administrativas, es obligación del Estado garantizar una oportuna y eficiente administración de justicia si pretende que el conglomerado social que representa se desarrolle adecuadamente.

En esta monografía se ha evidenciado que el Estado colombiano, consciente de la ineficiencia del sistema de administración de justicia impartida por los jueces civiles, ha tomado la oportuna y conveniente decisión de permitir el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de autoridades administrativas.

Así, mediante la atribución de múltiples funciones jurisdiccionales en diversas disposiciones legales, la Superintendencia de Sociedades se ha convertido en un importante órgano administrador de justicia para la resolución de conflictos en materia de derecho comercial, y particularmente del derecho de sociedades.

Atendiendo a lo anterior, como conclusiones de esta monografía pueden formularse las siguientes:

- En el régimen constitucional vigente es posible la atribución de funciones jurisdiccionales a entidades administrativas, como son las superintendencias, en el campo del derecho comercial, con el cumplimiento de requisitos que han sido definidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.
- Sin embargo, la independencia e imparcialidad de las superintendencias que ejercen funciones jurisdiccionales ha sido cuestionada por la Corte Constitucional, en la medida en que este alto tribunal considera que el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control puede determinar una posición previa de las entidades sobre los hechos que habrán de juzgar; lo que hace difícil determinar la constitucionalidad de sus funciones jurisdiccionales.
- Las decisiones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades no son demandables ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo como lo ha

señalado reiteradamente el Consejo de Estado, ni recurribles ante la Jurisdicción Ordinaria. Sin embargo, siempre será procedente la acción de tutela en contra de la Superintendencia de Sociedades, cuando en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales vulnere los derechos fundamentales de quienes se encuentran sometidos a su jurisdicción. Así mismo, la responsabilidad del Estado puede comprometerse por el ejercicio de las funciones jurisdiccionales por parte de las entidades administrativas.

- La atribución de funciones jurisdiccionales a entidades como la Superintendencia de Sociedades dan eficacia al derecho comercial, de la cual éste carecía debido a la lenta y tardía administración de justicia en cabeza de los Jueces Civiles.
- El fenómeno de la desjudicialización no es exclusivo del sistema legal colombiano, encontrándose ejemplos de atribución de funciones jurisdiccionales a entidades administrativas en otros estados, que han sido documentados por la doctrina nacional.
- La Superintendencia de Sociedades ha sido investida de funciones jurisdiccionales para adelantar el trámite de los procesos concursales y para la solución de varias controversias propias o típicas del derecho comercial, y particularmente del derecho societario.

- Varias de las funciones jurisdiccionales ejercidas por la Superintendencia de Sociedades y que se expusieron en esta monografía han sido erróneamente calificadas, particularmente por la ley 222 de 1995, como funciones administrativas.

- Se requieren algunas puntuales reformas legislativas a fin de hacer más clara la regulación de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades, particularmente en lo que atañe a los recursos procedentes contra sus decisiones y a las facultades de la entidad.

BIBLIOGRAFIA

ACOSTA, Rafael. Nuevas funciones de la Superintendencia de Valores, en Reformas de los procedimientos civil y contencioso administrativo – Ley 446 de 1998, Cámara de Comercio de Bogotá, 1999.B

ALVAREZ VEJARANO, Claudia. Manual de interpretación de la Ley 550, Bogotá, 3R Editores, 2000.

BARRETO, José V. Acción de Tutela, Teoría y práctica, Bogotá, Legis Editores S.A., 1997.

BERNAL GUTIERREZ, Rafael. La sociedad anónima en Colombia, Bogotá, Legis Editores S.A., 1980.

BETANCOURT JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo, 5ª Edición, Medellín, Señal editora, 1999.

BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho, Editorial Debate, España, 1991.

BONFANTI, Mario Alberto y GARRONE, José Alberto. Concursos y quiebra, 3ª edición, Buenos Aires, Editorial Abedelo-Perrot, 1983.

CANTILLO VASQUEZ, Ignacio y MOJICA RODRIGUEZ, María Esperanza. Procesos de Disolución y Liquidación de Sociedades Comerciales – Manual Práctico, Bogotá, Legis Editores S.A., 1999.

Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa. Indicadores de la Justicia, Bogotá, Imprenta Nacional, agosto de 1998.

Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa. Tiempos Procesales y opinión sobre el servicio de justicia, Unidad y Desarrollo y Análisis Estadístico, Bogotá, Imprenta Nacional, diciembre de 1998.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General del Proceso, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1984.

DIAZ BRAVO, Arturo. La función jurisdiccional de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas mexicana. Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, Vol. I, No. 1, mayo 1992.

DUVERGER, Maurice. Instituciones Políticas y Derecho constitucional, 6ª Edición española, Barcelona, Editorial Ariel, 1980.

FLOREZ RAMIREZ, Alfredo Enrique. El proceso fiscal financiero de jurisdicción coactiva, en Revista Universitas, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, No. 95, diciembre de 1998.

FLOREZ RAMIREZ, Alfredo Enrique. La fiducia en modalidad de garantía, en Revista Universitas, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, No. 92, junio de 1997.

FONSECA RAMOS, Marco Antonio. Procesos concursales: concordato y liquidación obligatoria. Ediciones Uninorte, 1996.

GAMBOA SERRANO, Rafael H. Los procesos concursales nueva reglamentación, en Revista Universitas, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, No. 89, diciembre de 1995.

GAMBOA SERRANO, Rafael H. La prelación de créditos, en Revista Universitas, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, No. 91, diciembre de 1996.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, 5ª Edición, Abogados Asociados Editores.

GAVIRIA GUTIERREZ, Enrique. Derecho Comercial, colección Jurídica Bedout, 1981.

GAVIRIA GUTIERREZ, Enrique. El derecho de voto en las sociedades comerciales, en La contratación mercantil, Biblioteca Jurídica Dike, Colegio de Abogados de Medellín, 1992.

GIL ECHEVERRY, Jorge H. Nuevo régimen societario Volumen 2, Ed. Librería del Profesional, 1998.

ISAZA UPEGUI, Alvaro. La liquidación obligatoria como sustituto del proceso de quiebra. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana, No. 36 1996. Medellín.

Justicia no es competitiva, En: El Tiempo, Bogotá, viernes 15 de septiembre de 2000, p. 1 – 16.

LAGUADO MONSALVE, Dario. Comentarios a la conferencia del doctor Reyes sobre las nuevas funciones de la Superintendencia de Sociedades, Reformas de los procedimientos civil y contencioso administrativo – Ley 446 de 1998, Cámara de Comercio de Bogotá, 1999.

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General Tomo I, 7ª Edición, Dupré Editores Ltda., Santafé de Bogotá, 1997.

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General Tomo II, 7ª Edición, Dupré Editores Ltda., Santafé de Bogotá, 1999.

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Ley 446 de 1998 y el Código de Procedimiento Civil, Dupré Editores Ltda., Santafé de Bogotá, Colombia, 1998.

MARTINEZ NEIRA, Nestor Humberto. Sistemas financieros, Derecho financiero comparado, Biblioteca Felaban (Federación Latinoamericana de Bancos), Santafé de Bogotá, Colombia, 1994.

METKE, Ricardo. Las funciones atribuidas a la Superintendencia de Industria y Comercio en la Ley 446 de 1998, en Reformas de los procedimientos civil y contencioso administrativo – Ley 446 de 1998, Cámara de Comercio de Bogotá, 1999.

NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas, 5ª Edición, Bogotá, Editorial Temis S.A., 1994.

NARVAEZ GARCIA, José Ignacio. Teoría general de las sociedades, 8ª Edición, Bogotá, Legis Editores S.A., 1997.

NARVAEZ GARCIA, José Ignacio. Tipos de Sociedad, Bogotá, Legis Editores S.A., 1998.

NARVAEZ GARCIA, José Ignacio y Otros, Régimen legal de las sociedades civiles y mercantiles, Legis Editores S.A., hojas sustituibles.

OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Régimen General de las obligaciones, 5ª Edición, Bogotá, editorial Temis S.A., 1994.

PARRA GARCIA, Germán. Procesos Concursales Vol. I Del concordato de los comerciantes. Ed. Temis. 1992, Santafé de Bogotá D.C., Colombia.

PEÑA CASTRILLON, Gilberto. El acuerdo de reestructuración en la ley 550 de 1999, en Revista Jurisconsulta No. 4 – Reestructuración de empresas en crisis, Cámara de Comercio de Bogotá, 2000.

PINZON, Gabino. Sociedades Comerciales, Volumen I, 5ª Edición, Bogotá, Editorial Temis S.A., 1988.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Disolución y liquidación de sociedades, 3ª Edición, Bogotá, Editorial Doctrina y Ley, 1998.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Reforma al Régimen de sociedades y concursos, 2ª Edición, Bogotá, Editorial Temis S.A., 1999.

REYES, Francisco y PALMITER, Alan R. Non-Judicial corporate dispute resolution in the United States [Resolución no judicial de conflictos societarios en los Estados Unidos]. Artículo sin publicar.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Modificaciones relativas a la Superintendencia de Sociedades, Reformas de los procedimientos civil y contencioso administrativo – Ley 446 de 1998, Cámara de Comercio de Bogotá, 1999.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Acuerdos de reestructuración empresarial, un alivio indispensable, en Publicación Ambito Jurídico, Separata academia foro justicia, Año III, No. 53, 27 de marzo a 3 de abril de 2000.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Algunas innovaciones al derecho concursal, en la ley de intervención económica, en Revista Jurisconsulta No. 4 – Reestructuración de empresas en crisis, Cámara de Comercio de Bogotá, 2000.

ROCCO, Ugo. Naturaleza del proceso de quiebra y de la sentencia que declara la quiebra, Monografías jurídicas No. 1, Bogotá, Editorial Temis, 1976.

RODRIGUEZ ESPITIA, Juan José. Alcances del parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995, en El derecho Societario contemporáneo – Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial, Tomo I, Bogotá, Ediciones de la Cámara de Comercio de Bogotá, 1996.

RUBIO, Mauricio. Normas, Justicia y Economía en Colombia. Septiembre de 1995, Documento CEDE 95-07.

SANCHEZ TORRES, Carlos Ariel. El acto administrativo, Teoría general, 2ª Edición, Bogotá, Legis editores S.A., 1995.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, 3ª Edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

SOLOMON, Lewis D. y PALMITER, Alan R. Corporations - examples and explanations, 2ª edición, Little Brown and Company, Canadá, 1994, p. 479.

SOTOMONTE SOTOMONTE, Saúl. La empresa en crisis, en Código de Comercio 20 años – Evaluación y perspectivas, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá – Universidad de los Andes, agosto de 1992.

SOTOMONTE SOTOMONTE, Saúl. Comentarios a la ley de intervención económica, en Revista Jurisconsulta No. 4 – Reestructuración de empresas en crisis, Cámara de Comercio de Bogotá, 2000.

Superintendencia de Sociedades. Doctrinas y Conceptos Jurídicos, Bogotá, 1995.

Superintendencia de Sociedades. Doctrinas y Conceptos Jurídicos, Bogotá, 1997.

Superintendencia de Sociedades. Doctrinas y Conceptos Jurídicos, Bogotá, 2000.

Superintendencia de Sociedades. Doctrina Jurídica y contable, No. 2, junio de 1998.

Superintendencia de Sociedades. Compilación de jurisprudencia sobre sociedades (1900-1980) Tomo I, Bogotá, 1981.

TONON, Antonio. El acuerdo preconcursal francés, en Revista del derecho comercial y de las obligaciones, año 18, 1985, Nos. 103 a 108, Buenos Aires, Editorial Depalma.

URIA, Rodrigo. Derecho Mercantil, 23ª Edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1996.

VELEZ GARCIA, Jorge. Los dos sistemas del derecho administrativo, Segunda edición, Serie Major – 2, Santafé de Bogotá, Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1996.

VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho administrativo, 11ª edición, Santafé de Bogotá, Editorial Temis, 1997.

VIDAL PERDOMO, Jaime. La constitucionalidad de las funciones jurisdiccionales de las superintendencias, Jaime Vidal Perdomo, Reformas de los procedimientos civil y contencioso administrativo – Ley 446 de 1998, Cámara de Comercio de Bogotá, 1999.