

REVISTA Derecho Registral

Publicaciones
Asesoría Jurídica Registral



Cámara
de Comercio
de Bogotá

#SOYEMPRESARIO



REVISTA

Derecho Registral

PRESIDENTE

Dr. Nicolás Uribe Rueda

VICEPRESIDENTA EJECUTIVA

Dra. Martha Yaneth Veleño Quintero

VICEPRESIDENTE DE SERVICIOS REGISTRALES

Dr. Martín Fernando Salcerdo Vargas

JEFE ASESORÍA JURÍDICA REGISTRAL

Dra. Victoria Valderrama Ríos

OBSERVATORIO DE DERECHO REGISTRAL

Dra. Sandra Bermúdez Estrada

AUTOR

Dr. Martín Fernando Salcedo Vargas

Dr. Luis Alfredo Idrovo Murillo

Dr. Juan Carlos Cruz

2020

ISSN: 2422-2828

Las opiniones y valoraciones por los autores en los artículos que componen esta revista son de responsabilidad exclusiva de ellos y no comprometen la opinión o criterio oficial de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Contenido

6

Reflexiones sobre el ejercicio de la función registral a cargo de las Cámaras de Comercio en tiempos de COVID

Martín Fernando Salcedo Vargas

16

La oponibilidad del acto no inscrito en el Registro Mercantil según el nuevo Código de Comercio ecuatoriano

Luis Alfredo Idrovo Murillo

28

La Acción Social de Responsabilidad y su certificación en el Registro Mercantil

Juan Carlos Cruz

Las opiniones y valoraciones por los autores en los artículos que componen esta revista son de responsabilidad exclusiva de ellos y no comprometen la opinión o criterio oficial de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Presentación

Con esta publicación, la Vicepresidencia de Servicios Registrales de la Cámara de Comercio de Bogotá celebra el primer quinquenio de la publicación de la Revista de Derecho Registral, una iniciativa que surgió de la necesidad de aportar desde la perspectiva de cada uno de los autores, en temas registrales, comerciales y de sociedades, compartiendo el conocimiento con los empresarios y la comunidad en general.

Llega esta edición en un momento de especial coyuntura mundial, cuando es necesario adaptarse a las nuevas oportunidades que se generan alrededor de la emergencia social, sanitaria y económica que vive el mundo entero.

En el presente número, se cuenta con la especial participación del doctor Luis Alfredo Idovro, Registrador Mercantil de los Cantones Durán y Samborondón del Ecuador, quien presenta su visión sobre la “Oponibilidad del acto no inscrito en el Registro Mercantil, según el nuevo Código de Comercio ecuatoriano”.

Así mismo, desde la Vicepresidencia de Servicios Registrales de la Cámara de Comercio de Bogotá, se lleva a cabo una reflexión profunda del ejercicio de la función registral, a cargo de las cámaras de comercio, en medio de la llamada nueva normalidad y, adicionalmente, se hace un análisis de la acción social de responsabilidad y su certificación, en el Registro Mercantil colombiano.

La publicación de la presente edición parte del convencimiento de seguir aportando herramientas como referentes del derecho mercantil y registral.

Un especial agradecimiento a cada uno de los autores, quienes con su aporte y participación contribuyen a la consolidación de esta obra de gran importancia.

Conozca los beneficios por renovar oportunamente su matrícula mercantil y la de sus establecimientos de comercio en:

<https://www.ccb.org.co/Inscripciones-y-renovaciones/Todo-sobre-renovaciones/Que-obtuvo-al-renovar>

Dentro de ellos podrá:

Acceder y descargar la información de todos los comerciantes inscritos en el Registro Mercantil, que tengan su matrícula mercantil renovada y las de sus establecimientos de comercio a nivel nacional.

Para acceder a este beneficio ingrese a www.rues.org.co



Cámara
de Comercio
de Bogotá

#SOYEMPRESARIO

Síguenos en:



Reflexiones sobre el ejercicio de la función registral a cargo de las cámaras de comercio en tiempos de COVID

Martín Fernando Salcedo Vargas

Vicepresidente De Servicios Registrales

Cámara De Comercio De Bogotá

La declaratoria de emergencia sanitaria decretada por el Gobierno nacional ha impactado, en diversos ámbitos, las relaciones sociales, de negocios y el desarrollo de operaciones del sector empresarial. Ello demanda de los actores del mercado, como lo son las cámaras de comercio, reflexionar sobre los escenarios que implica la regulación normativa en materia societaria frente a la función registral a cargo de los entes camerales en el contexto de la coyuntura actual.

En este artículo se revisará la normatividad expedida en materia de reuniones de órganos de dirección y administración societaria tanto extraordinaria como reglamentaria¹ que modularon el ordenamiento jurídico mercantil considerando la naturaleza jurídica de los estados de excepción y las implicaciones en cuestión de hermenéutica jurídica que surgen en el ejercicio de la función registral bajo el marco jurídico vigente.

¹ COLOMBIA. MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO. Decreto 434 (19, marzo, 2020). Por el cual se establecen plazos especiales para la renovación de la matrícula mercantil, el RUNEOL y los demás registros que integran el Registro Único Empresarial y Social (RUES) así como para las reuniones ordinarias de las asambleas y demás cuerpos colegiados, para mitigar los efectos económicos del nuevo coronavirus COVID-19 en el territorio nacional. Disponible desde Internet en: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20434%20DEL%2019%20DE%20MARZO%20DE%202020.pdf>

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Circular Externa 100-00002 (17, marzo, 2020). Por la cual se informa a los administradores y revisores fiscales de sociedades comerciales - empresas unipersonales, las instrucciones y recomendaciones a los supervisados frente al desarrollo de reuniones del máximo órgano social, a propósito de la declaración de emergencia sanitaria de/país por el COVID-19. . Disponible desde Internet en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_circulares/Circular_100-000002_de_17_de_marzo_de_2020.pdf

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Circular Externa 01-113528 de 2020.COLOMBIA. MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO. Decreto 398 (13, marzo, 2020). Por el cual se adiciona el Decreto 1074 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, para reglamentar parcialmente el artículo 19 de la Ley 222 de 1995, en lo referente al desarrollo de las reuniones no presenciales de las juntas de socios, asambleas generales de accionistas o juntas directivas, y se dictan otras disposiciones. Disponible desde Internet en: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20398%20DEL%2013%20DE%20MARZO%20DE%202020.pdf>

Para efectos de la exposición que se propone, se considerarán los siguientes ejes temáticos:

- I. Aspectos generales y contextualización de los estados de excepción;
- II. Las reuniones sociales de los órganos de dirección y administración desde la perspectiva del ejercicio de la función registral en tiempos de COVID; y
- III. Conclusiones.

I. ASPECTOS GENERALES Y CONTEXTUALIZACIÓN DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

Los estados de excepción por naturaleza delimitan la frontera entre la normalidad y la anormalidad, en el desarrollo del ordenamiento constitucional dado que solo se ponen en marcha ante una situación excepcional que implica limitaciones y facultades que impiden el retorno a la normalidad en términos de operatividad plena de las ramas y organismos que conforman el poder público.

En ese sentido, se entiende el estado de excepción, bajo las tipologías taxativas definidas en la norma superior², como una limitación del estado de derecho concebido como aquella situación de “normalidad” en que el orden sociopolítico se desenvuelve de manera regular y no se ve comprometido seriamente por factores internos o externos (Tobón y Mendieta, 2017, p. 70).

En virtud de lo dispuesto en los artículos 215 parágrafo³ y 241 numeral 7 superior de la Constitución Política, la Corte Constitucional tiene competencia respecto del control de constitucionalidad de los decretos legislativos (de desarrollo y matriz) expedidos con fundamento en la situación de anormalidad del orden jurídico constitucional que, para este caso, hace referencia al “estado de emergencia”.

El juicio de constitucionalidad a cargo de la Corte sobre los decretos legislativos expedidos dentro del marco de la declaratoria de emergencia comporta unos presupuestos formales⁴ y materiales⁵ que se refieren a aspectos de procedimiento y sustanciales necesarios para su declaración y a condiciones de modo, tiempo y lugar (presupuestos fácticos),

2 Las alteraciones de la normalidad que constituyen el régimen de excepción son únicamente las previstas en la Constitución, a saber: - Guerra exterior (estado de guerra exterior), - Grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de atribuciones ordinarias de las autoridades de policía (estado de conmoción interna), - Perturbaciones graves e inminentes, del orden económico, social y ecológico del país, o hechos que constituyan grave calamidad pública (estado de emergencia) (Cifuentes, 2002) (subrayado fuera del texto).

3 COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 215. (...) PARÁGRAFO. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.

Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (...) 7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.

4 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-145 (20, mayo, 2020). Juicio de constitucionalidad. Presupuestos formales. i) Haber sido firmada por el presidente de la república y todos los ministros, ii) Estar motivada adecuadamente, iii) Establecer claramente su duración, iv) Determinar con precisión el ámbito territorial de aplicación, v) Convocar al Congreso de la República. Disponible desde Internet en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-145-20.htm>

5 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-145 (20, mayo, 2020). Juicio de constitucionalidad. Presupuestos materiales: presupuesto fáctico. i) Juicio de realidad de los hechos invocados, ii) Juicio de identidad de los hechos invocados, iii) Juicio de sobreviniencia de los hechos invocados. Presupuesto valorativo: este presupuesto hace referencia al análisis de los hechos que perturban el orden jurídico constitucional con el fin de determinar la gravedad y peligro inminente que representan, es decir, se evalúa la intensidad de la amenaza y así como los antecedentes históricos que permitan definir si se estructura el estado de anormalidad. Presupuesto de suficiencia: i) el verificar la existencia de medidas ordinarias; ii) el establecer si dichas medidas fueron utilizadas por el Estado; y iii) el poder determinar la insuficiencia de estas medidas para superar la crisis. Disponible desde Internet en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-145-20.htm>

que deben ser demostrados con el fin establecer el estado de “anormalidad” del orden constitucional.

Sobre los presupuestos materiales examinados por la Corte en el control de constitucionalidad posterior sobre la normatividad expedida en estados de excepción, la corporación ha manifestado lo siguiente:

Las alteraciones del orden que la Constitución encuentra deben ser conjuradas a través del estado de emergencia son la económica, la social, la ecológica o la existencia de una grave calamidad pública. La Corte ha manifestado que en la declaratoria del estado de excepción se pueden aglutinar o combinar los distintos órdenes (económico, social y ecológico, o que constituya grave calamidad pública) cuando los hechos sobrevinientes y extraordinarios perturben o amenacen en forma grave e inminente de manera simultánea y resulten insuficientes las facultades ordinarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos (subrayado fuera del texto)⁶.

Así, respecto de la valoración de los hechos que dan lugar a la declaratoria de emergencia la Corte sostiene que dentro del juicio de constitucionalidad debe verificar lo siguiente:

i) se inscriba dentro de su definición, es decir “aquella situación catastrófica que se deriva de causas naturales o técnicas, y que produce una alteración grave e intempestiva de las condiciones sociales, económicas y ecológicas de una región o de todo el país, o, como aquella desgracia o infortunio que afecte intempestivamente a la sociedad o a un sector importante de ella y que perturbe o amenace perturbar de manera grave, inminente (...) el orden económico, social o ecológico⁷ (Subrayado fuera del texto).

En ese sentido, el evento catastrófico que da lugar a la declaratoria de emergencia, conforme al examen de constitucionalidad desarrollado por la Corte, debe considerar los siguientes elementos: 1. Debe ser no solo grave sino imprevisto, 2. Que no sea ocasionado por una guerra exterior o conmoción interior y, 3. Que las facultades ordinarias resulten insuficientes para su atención⁸.

Revisados los presupuestos formales y materiales objeto de control posterior por parte de la Corte para la declaratoria de los estados de excepción, es necesario mencionar las limitaciones que impone la regulación constitucional al desarrollo de actividades de la organización estatal cuando acaece la anormalidad del orden constitucional.

En líneas generales, las limitaciones se refieren a los siguientes aspectos: 1. Se restringe la discrecionalidad del presidente de la república para apreciar los presupuestos que dan lugar a la declaratoria del estado de emergencia, 2. Las facultades extraordinarias del Gobierno se limitan a aquellas estrictamente necesarias a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos, 3. Los decretos legislativos solo podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaración del estado de emergencia⁹.

En consecuencia, corresponde a la Corte, conforme a los presupuestos señalados, llevar a cabo un control jurídico sobre el decreto legislativo declaratorio como los decretos de desarrollo bajo un juicio objetivo fundado en el bloque de constitucionalidad y la ley estatutaria de los estados de excepción.

6 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-145 (20, mayo, 2020). Disponible desde Internet en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-145-20.htm>

7 Véase nota al pie de página 6

8 Véase nota al pie de página 6

9 Véase nota al pie de página 6

De esta manera, se concluye que la normatividad expedida en el contexto de la emergencia, en materia societaria, comparte la misma naturaleza transitoria y excepcional que el decreto legislativo que declaró el estado de excepción y, en esa medida, está sometido al examen de constitucionalidad descrito anteriormente.

Corresponde entonces, en esta reflexión, presentar algunas inquietudes respecto de la aplicación práctica desde la perspectiva de la función registral a cargo de las cámaras de comercio, del Decreto legislativo 434 de 2020 y de las demás normas y directrices que han impartido sobre el particular, las entidades reguladoras de la actividad mercantil, considerando su naturaleza jurídica y alcance dentro del marco de la declaratoria de estados de excepción como lo es la emergencia sanitaria motivada por la COVID-19

II. LAS REUNIONES SOCIALES DE LOS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN REGISTRAL EN TIEMPOS DE COVID

En materia de reuniones sociales de órganos de dirección y administración, el Gobierno nacional expidió un decreto legislativo y un decreto reglamentario. El Decreto 434 de 2020, que moduló las reglas aplicables a las reuniones ordinarias de asamblea de accionistas y junta de socios y las reuniones por derecho propio definidas en el artículo 422 del Código de Comercio, y el Decreto 398 de 2020, que adicionó el Decreto Único 1074 de 2015¹⁰ con el fin de reglamentar parcialmente el artículo 19 de la Ley 222 de 1995 referente a las reuniones no presenciales.

Las modulaciones normativas determinadas en los decretos citados plantean interrogantes desde el punto de vista de su aplicación práctica (aplicación espacio-temporal de las reglas dispuestas), y desde su alcance, es decir, si las disposiciones tienen la capacidad de alterar, de forma definitiva, el ordenamiento jurídico mercantil particularmente, el Decreto 398 de 2020 reglamentario de aspectos trascendentales de las reuniones no presenciales.

Conforme a los planteamientos descritos, se analizará el impacto de las normas expedidas por el Gobierno nacional en el ejercicio de la función registral a cargo de las cámaras de comercio y los escenarios que puede presentar la normatividad en términos de interpretación.

Acorde al ordenamiento jurídico mercantil, existen dos clases de asamblea ordinaria, y según la doctrina de la Superintendencia de Sociedades, se distinguen en razón a dos elementos: tiempo y temario. Al respecto ha señalado lo siguiente:

El primero de ellos significa que esta clase de sesiones debe cumplirse en la época señalada para el efecto de los estatutos sociales. A falta de cláusula que determine tal época, la asamblea o la junta de socios deberán sesionar ordinariamente durante el lapso comprendido entre el 1º de enero y el 31 de marzo de cada año. En cuanto al temario (...) hace expresa referencia al artículo 422 del Código que establece las cuestiones en que debe ocuparse un órgano rector de la compañía en sus reuniones ordinarias¹¹.

10 COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1074 (26, mayo, 2015). Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo. Disponible desde Internet en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=76608>

11 Reyes Villamizar, F. Derecho Societario. Tomo I. Bogotá: Temis, 2016. P 592.

El artículo 422 del Código de Comercio determina las reglas en relación con este tipo de reuniones que, vale decir, resultan aplicables a otros tipos de sociedades¹². La norma citada define el número de reuniones mínimas que deben adelantarse al año, su objeto, el momento en el que se efectúan, el derecho de reunión cuando no sean convocados los accionistas y el derecho de inspección. De la lectura de la disposición se infiere, conforme lo señala la Corte Constitucional en Sentencia C-152 de 2020 que:

las reuniones ordinarias de la asamblea se realizarán por lo menos una vez al año¹³. Con respecto al momento en el que se realizará esta reunión se fijaron 3 reglas: (i) la fecha de la reunión está determinada por la voluntad de las partes consignada en los estatutos; (ii) Ante el silencio sobre este asunto opera la regla supletiva, según la cual la reunión deberá celebrarse dentro de los 3 meses siguientes al vencimiento de cada ejercicio; (iii) Si la asamblea no es convocada tiene el derecho a reunirse el primer día hábil del mes de abril, a las 10 a. m., en las oficinas del domicilio principal donde funcione la administración de la sociedad. Finalmente, para la materialización de los derechos de los accionistas en la reunión ordinaria se consagra el derecho de inspección, que abarca los quince días anteriores a la reunión (Subrayado fuera del texto).

En ese orden de ideas, el régimen ordinario de reuniones de los máximos órganos de dirección y administración de sociedades (reuniones de asamblea de accionistas y junta de socios), establece reglas de funcionamiento que determinan la eficacia jurídica de dichas reuniones. En otras palabras, conforme lo refiere la Corte en Sentencia C-152 de 2020:

(...) la celebración de la asamblea general de accionistas tanto en el régimen de sociedades comerciales en general como en el de sociedades por acciones simplificadas, deben cumplir con unos requisitos legales mínimos para producir plenos efectos jurídicos. No seguir estos lineamientos puede traer consigo la ineficacia, la nulidad relativa, nulidad absoluta y no oponibilidad de las actuaciones¹⁴ (Subrayado fuera del texto).

Es en el aspecto de la eficacia jurídica de las reuniones sociales donde el rol registral de la cámara de comercio cobra relevancia, pues al operador jurídico le corresponde determinar, dentro del marco de control de legalidad, el cumplimiento de los requisitos legales para inscripción considerando las modificaciones incorporadas en los decretos 398 y 434 de 2020 sobre las reglas aplicables a la reuniones ordinarias presenciales, no presenciales o mixtas respecto de la época en que pueden celebrarse y las reuniones por derecho propio.

En lo que respecta a las reuniones no presenciales, la Ley 222 de 1995 se inspiró y acogió sistemas modernos de deliberación y decisión incorporando mecanismos de reunión de socios y cuerpos colegiados que involucraran adelantos de la tecnología. Así, la norma definió dos mecanismos de deliberación y decisión: 1. Comunicación simultánea o sucesiva y 2. Consentimiento escrito de los socios o miembros del órgano colegiado.

12 La Corte Constitucional en Sentencia C- 152 de 2020 explicó las razones por las cuales resulta aplicable el artículo 422 del Código de Comercio a otros tipos de sociedades: la Corte señaló lo siguiente: "De una parte, porque el artículo 1º del Código de Comercio establece que "los comerciantes y los asuntos mercantiles se registrarán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas" y, de otra parte, porque el artículo 1º de la Ley 222 de 1995, establece que "cualquiera que sea su objeto, las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas, para todos los efectos, a la legislación mercantil." Igualmente, porque el artículo 180 del Código de Comercio establece que "los socios de toda compañía se reunirán en junta de socios o asamblea general ordinaria una vez al año, por lo menos, en la época fijada en los estatutos".

13 Con el objeto de: (i) examinar la situación de la sociedad; (ii) adoptar decisiones relacionadas con los administradores; (iii) establecer las pautas económicas de la compañía; (iv) considerar las cuentas y balances del último ejercicio; (v) resolver sobre la distribución de utilidades; y (vi) acordar cualquier asunto necesario para asegurar el cumplimiento del objeto social.

14 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-378 (23, abril, 2008). M.P. Humberto Sierra Porto. Bogotá, D. C. Disponible desde Internet en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-378-08.htm>

Sobre el particular, los artículos 19 y 20 de la Ley 222 de 1995, expresan:

“Artículo 19. Reuniones no presenciales. Siempre que ello se pueda probar, habrá reunión de la junta de socios, de asamblea general de accionistas o de junta directiva cuando por cualquier medio todos los socios o miembros puedan deliberar y decidir por comunicación simultánea o sucesiva. En este último caso, la sucesión de comunicaciones deberá ocurrir de manera inmediata de acuerdo con el medio empleado” (subrayado fuera del texto).

Artículo 20. Otro mecanismo para la toma de decisiones. Serán válidas las decisiones del máximo órgano social o de la junta directiva cuando por escrito, todos los socios o miembros expresen el sentido de su voto. En este evento la mayoría respectiva se computará sobre el total de las partes de interés, cuotas o acciones en circulación o de los miembros de la junta directiva, según el caso. Si los socios o miembros hubieren expresado su voto en documentos separados, estos deberán recibirse en un término máximo de un mes, contado a partir de la primera comunicación recibida.

El representante legal informará a los socios o miembros de junta el sentido de la decisión, dentro de los cinco días siguientes a la recepción de los documentos en los que se exprese el voto”.

Para el caso de las reuniones no presenciales, el requisito de universalidad de la reunión obedece, conforme lo señala Francisco Reyes Villamizar (2016, p. 604)¹⁵, a razones de seguridad jurídica y a consideraciones de orden práctico. Así, manifiesta el autor que, al no existir, en general, convocatoria formal para esta clase de reuniones, el riesgo de que pueda perjudicarse un interés de algún socio o grupo, puede ser de gran entidad (Reyes Villamizar, 2016, p. 604).

Considerando la finalidad que persigue el requisito de universalidad de la reunión de naturaleza no presencial, cabe cuestionarse si la flexibilización de este requisito mediante el Decreto 398 de 2020 pone o no en riesgo la seguridad jurídica de este tipo de reuniones teniendo en cuenta que la exigencia de universalidad guarda relación con evitar abusos en el uso del mecanismo especial consagrado en el artículo 19 de la Ley 222.

Para zanjar la cuestión planteada, el decreto reglamentario estableció que, para efectos de reuniones no presenciales (sin distinguir el tipo de sociedad), se deberán tener en cuenta las reglas de convocatoria y *quorum* establecidas en los estatutos, o en su defecto, en la ley. También se aclara que no es necesario que en la reunión participen la totalidad de los socios o accionistas, sino que la expresión “todos” debe entenderse como a aquellos que efectivamente participen en la reunión. Estos cambios, no obstante, no son realmente una forma distinta de interpretar la Ley 222 de 1995, sino una verdadera modificación a la misma¹⁶.

Adicionalmente, dentro de la flexibilización propuesta en el decreto, se establece la posibilidad de configurar reuniones mixtas, es decir, aquellas en que se permite, de manera simultánea, la presencia física y virtual de los socios, sus apoderados o los miembros de junta directiva, y a las cuales le son aplicables las reglas relativas a las reuniones no presenciales.

Ello implica un avance significativo en las reglas vigentes dado que permite participar a los socios y/o miembros de órganos de administración presencialmente o a través de video,

¹⁵ Véase nota al pie de página 11

¹⁶ Gonzalez, F. Abogado de Lewin & Wills abogados. Ámbito jurídico. ¿Camino a la flexibilización? Sección análisis. Artículo publicado el 11 de mayo de 2020. Disponible desde Internet en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/sociedades-y-economia-solidaria/camino-la-flexibilizacion>

teleconferencia u otra alternativa no presencial acorde con los avances que presenta la tecnología en materia de comunicaciones.

Se considera entonces, que la reglamentación del artículo 19 de la Ley 222 de 1995, mediante el Decreto 398 de 2020, se constituye como una modificación a las reglas aplicables a las reuniones no presenciales y no reviste el mismo tratamiento del Decreto 434 de 2020, expedido como acto legislativo de desarrollo de la declaratoria de emergencia sanitaria (Decreto 417 de 2020).

Se plantea, entonces, el interrogante respecto de la constitucionalidad del Decreto 398 y si mediante esta reglamentación era viable hacer la modificación por vía de la reinterpretación o relectura, de reglas en materia de reuniones no presenciales. Corresponderá a la autoridad competente en su eventual revisión, determinar la constitucionalidad, legalidad y vigencia del decreto referido.

Con la expedición del Decreto 434 de 2020 se modificó por causa de la declaratoria de emergencia sanitaria, las reglas supletivas en lo que respecta a la época o tiempo en que deba celebrarse la reunión ordinaria de los máximos órganos de dirección y administración societaria señalando en su artículo 5 lo siguiente:

“Artículo 5. Reuniones ordinarias de asamblea. Las reuniones ordinarias de asamblea correspondientes al ejercicio del año 2019 de que trata el artículo 422 del Código de Comercio podrán efectuarse hasta dentro del mes siguiente a la finalización de la emergencia sanitaria declarada en el territorio nacional (subrayado fuera del texto).

Si no fuere convocada, la asamblea se reunirá por derecho propio el día hábil siguiente al mes de que trata el inciso anterior a las 10 a. m., en las oficinas del domicilio principal donde funcione la administración de la sociedad. Los administradores permitirán el ejercicio del derecho de inspección a los accionistas o a sus representantes durante los quince días anteriores a la reunión (subrayado fuera del texto).

Parágrafo. Todas las personas jurídicas, sin excepción, estarán facultadas para aplicar las reglas previstas en el presente artículo en la realización de reuniones presenciales, no presenciales o mixtas de sus órganos colegiados”.

La norma citada condiciona la época en que las reuniones ordinarias de asamblea de accionistas y junta de socios se podrán llevar a cabo pues determina que estas se podrán efectuar dentro del mes siguiente a la terminación de la emergencia sanitaria declarada a nivel nacional. Por tanto, conforme a la norma transcrita, las reuniones ordinarias para las personas jurídicas, en materia societaria, podrán celebrarse hasta el 28 de marzo de 2021 considerando que, conforme a la Resolución 0002230 del 27 de noviembre de 2020, la emergencia fue prorrogada hasta el 28 de febrero de 2021.

Las reglas propuestas en el decreto legislativo, en materia de reuniones ordinarias, presentan las siguientes posibilidades: 1. Convocatoria pendiente, 2. Convocatoria realizada pero devenida imposible, y 3. Convocatoria realizada, pero en la que se pretende hacer uso del plazo señalado en el Decreto 434 de 2020¹⁷.

La Superintendencia de Sociedades, en Circular Externa 100-000004 del 24 de marzo de 2020, advierte que para los casos en que se haya acogido lo previsto en el Decreto 434 de 2020 se deberá convocar a la reunión una vez superada la emergencia y permitir el ejercicio de inspección correspondiente. Igualmente indica que, si superada la emergencia

17 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Circular Externa 100-000004 (24, marzo, 2020). Disponible desde Internet en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_circulares/Circular_100-000004_de_24_de_marzo_de_2020.pdf

no se ha convocado a la reunión ordinaria, el máximo órgano social podrá reunirse por derecho propio el primer día hábil siguiente al vencimiento de dicho plazo.

En relación con lo anterior, la Superintendencia de Sociedades, mediante Oficio 220-199865 del 13 de octubre de 2020, precisó lo siguiente:

(...) “de acuerdo con lo previsto en el Decreto 434 de 2020, las reuniones ordinarias de asamblea de sociedades comerciales, correspondientes al ejercicio del año 2019, podrán realizarse dentro del mes siguiente al que finalice la declaración de emergencia sanitaria en el territorio nacional.

Sin embargo, si la asamblea lo considera, podrá reunirse antes de este término, de forma no presencial por cualquier medio de comunicación simultánea o sucesiva, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 222 de 1995 y el Decreto 398 de 2020¹⁸ (subrayado fuera del texto).

Conforme a lo señalado por la Superintendencia, el órgano máximo podrá reunirse antes de culminada la emergencia sanitaria, atendiendo a las reglas de las reuniones no presenciales y los medios de comunicación simultánea y sucesiva de que dispongan conforme a las directrices señaladas en el artículo 19 de la Ley 222 de 1995 y el Decreto reglamentario 398 de 2020 que, como ya se señaló, introduce tipologías y requisitos para la configuración de estas reuniones especiales (esto fue lo incorporado con base en el concepto enviado).

La lectura e interpretación del artículo 5 del Decreto 434 de 2020 plantea un interrogante respecto de la viabilidad de reuniones por derecho propio por fuera del periodo regular de las reuniones sociales del ejercicio de 2019, es decir, si es posible celebrar este tipo de reuniones en el 2021.

Lo anterior se plantea, por cuanto en el 2021 (entre el 1 de enero y el 31 de marzo), comienza un nuevo periodo de reuniones sociales ordinarias del ejercicio del 2020 y, en esa medida, las reuniones por derecho propio celebradas en el primer trimestre del año, podrían incidir en las reuniones ordinarias que deban celebrarse bajo las reglas del artículo 422 del Código de Comercio en el 2021 bajo el supuesto de que no se prorrogue la emergencia sanitaria.

Así las cosas, existen interrogantes respecto de la aplicación espacio-temporal del Decreto legislativo 434 de 2020 en lo que tiene que ver con la posibilidad de celebrar reuniones por derecho propio en el 2021, pues ello puede ir en contravía del ordenamiento jurídico mercantil particularmente el artículo 422 del Código de Comercio.

Por tanto, las normas expedidas en el contexto de la emergencia imponen un reto a los operadores jurídicos en materia registral pues modulan las reglas aplicables a las reuniones ordinarias e incluyen tipologías y requisitos objeto de verificación a las reglas de reuniones no presenciales con implicaciones y alcances distintos. El Decreto 398 modificó el ordenamiento jurídico mercantil y el Decreto 434 ajustó de manera excepcional y transitoria la época de las reuniones ordinarias sin modificar el artículo 422 del Código de Comercio.

18 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-199865 (13, octubre, 2020). Asunto: reuniones ordinarias durante la emergencia sanitaria. Disponible desde Internet en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-199865_DE_2020.

III. CONCLUSIONES

Una vez expuesta la cuestión planteada en este artículo puede concluirse lo siguiente:

1. Los decretos legislativos, expedidos en el ámbito de los estados de excepción en razón a su naturaleza, tienen vocación transitoria y resultan aplicables mientras duran las circunstancias que dieron origen a su declaratoria.
2. El Decreto 434 de 2020 establece reglas transitorias aplicables a la época en que deban celebrarse las reuniones ordinarias de asamblea de accionistas y junta de socios. Esta norma, en ningún caso, deroga la legislación mercantil vigente en la materia. El efecto es la inaplicación de las reglas ordinarias vigentes durante el periodo que dure la emergencia sanitaria.
3. El Decreto 398 de 2020, reglamentario del Decreto 1074 de 2015, modificó, a través de una reinterpretación o relectura del artículo 19 de la Ley 222 de 1995, las reglas aplicables a las reuniones no presenciales y creó las reuniones mixtas (presenciales y no presenciales simultáneamente).
4. La lectura e interpretación del artículo 5 del Decreto 434 de 2020 plantea un interrogante respecto de la viabilidad de reuniones por derecho propio por fuera del periodo regular de las reuniones sociales del ejercicio de 2019, es decir, si es posible celebrar este tipo de reuniones en el 2021 en el periodo ordinario del ejercicio del 2020.

REFERENCIAS

DOCTRINA, REVISTAS ACADÉMICAS Y ARTÍCULOS DE PRENSA

- cifuentes, E. (2002). Los estados de excepción constitucional en Colombia. *Ius et Praxis*, 8(1), 117-146. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000100009>
- González, F. Abogado de Lewin & Wills abogados. Ámbito jurídico. ¿Camino a la flexibilización? Sección análisis. Artículo publicado el 11 de mayo de 2020. disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/sociedades-y-economia-solidaria/camino-la-flexibilizacion>
- Reyes, F. Derecho Societario, Tomo I. Bogotá: Temis, 2016. pp. 592 y 604
- Tobón, M. y Mendieta, D.(2017). “Los estados de excepción en el régimen constitucional colombiano”, en Opinión Jurídica (N.º 31), pp. 67-88.

JURISPRUDENCIA, CONCEPTOS Y NORMATIVA

- Corte Constitucional. Sentencia C-145 (20, mayo, 2020). M.P José Fernando Reyes Cuartas. Referencia: expediente RE-232 Revisión de constitucionalidad del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, “por el cual se declara un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional”. Disponible desde Internet en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-145-20.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia C-152 (27, mayo, 2020). Magistrada Sustanciadora Gloria Stella Ortiz Delgado. Referencia: Expediente RE-233. Revisión de constitucionalidad del Decreto 434 del 19 de marzo de 2020 “Por el cual se establecen plazos especiales para la renovación de la matrícula mercantil, el RONEOL y los demás registros que integran el Registro Único Empresarial y Social RUES, así como para las reuniones ordinarias de las asambleas y demás cuerpos colegiados, para mitigar los efectos económicos del nuevo coronavirus COVID-19 en el territorio nacional”. Disponible desde Internet en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=137852>
- Corte Constitucional. Sentencia C-378 (23, abril, 2008). M.P. Humberto Sierra Porto. Referencia: expediente D-6932 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 194 (parcial) del Decreto 410 de 1971. Disponible desde Internet en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-378-08.htm>
- Superintendencia de Sociedades. Circulares Externas 100-00002 (17, marzo, 2020). Referencia: Instrucciones y recomendaciones a los supervisados frente al desarrollo de reuniones del máximo órgano social, a propósito de la declaración de emergencia sanitaria de/país por la COVID-19. Disponible desde Internet en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_circulares/Circular_100-000002_de_17_de_marzo_de_2020.pdf
- Superintendencia de Sociedades. Circular Externa 100-000004 (24, marzo, 2020). Referencia: Alcance a la Circular Externa 100-00002 de 2020 conforme a lo previsto en el Decreto 434 de 19 de marzo de 2020. Disponible desde Internet en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_circulares/Circular_100-000004_de_24_de_marzo_de_2020.pdf
- Superintendencia de Sociedades. Concepto: Oficio 220-199865 (13, octubre, 2020). Asunto: Reuniones ordinarias durante la emergencia sanitaria. Disponible desde Internet en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-199865_DE_2020.pdf

APRENDE Y VENDE POR INTERNET

ACCEDE A TALLERES **GRATUITOS Y VIRTUALES** PARA SABER CÓMO HACERLO:

- Pasos para definir la apertura del canal digital
- Diseña una estrategia digital para tu empresa
- ¿Cómo vender por una página web?

Accede a www.ccb.org.co
o llámanos al **3830330**



 Cámara
de Comercio
de Bogotá

#SOYEMPRESARIA

La oponibilidad del acto no inscrito en el Registro Mercantil según el nuevo código de Comercio ecuatoriano

Luis Alfredo Idrovo Murillo¹
Registrador Mercantil de los Cantones Durán y Samborondón,
Guayaquil, Ecuador

Introducción y justificación de un nuevo Código de Comercio

Con ocasión de la entrada en vigor del nuevo Código de Comercio ecuatoriano, el 29 de mayo del 2019, que derogó a su par codificado en 1960, se activó entre los operadores del tráfico mercantil nacional un nuevo régimen jurídico de publicidad y oposición de los “asuntos mercantilmente relevantes”, que, sin alejarse de sus principios rectores y aún conservando ciertos elementos naturales que le son propios desde antaño, se presenta ante nosotros como un sistema ciertamente innovador que aporta varios conceptos, uno entre todos ellos, el de la oponibilidad del acto no inscrito, que, con cargo a profundizarlo posteriormente, permite hacer valer frente a terceros de buena fe acto no inscrito en el Registro Mercantil, a condición de que estos lo llegasen a conocer como consecuencia de un hecho sobrevenido distinto a su anotación.

Esta “verdadera excepción” llama poderosamente la atención, en la medida en la que supone desmarcarse del sistema de inoponibilidad del acto no inscrito, que curiosamente aún continúa vigente en la disciplina mercantil y registral ecuatoriana, de manera tal que tesis y antítesis conviven bajo el mismo techo, en una relación que el presente trabajo intentará desentrañar.

Para el tema propuesto, centraremos las baterías en desarrollar los alcances prácticos y jurídicos que ofrece el artículo 26 del Código de Comercio, que lo contiene, y otras normas que lo complementan, así como también en destacar lo que de diferente y novedoso tiene

1. Abogado por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, con mención en Derecho Público. Magister en Derecho de Empresas por la misma Universidad. Docente de la cátedra de Derecho Mercantil en la Facultad de Derecho, Política y Desarrollo de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo. Ex-asesor legal en la Secretaría General Jurídica de la Presidencia de la República y antes de eso, asesor del Registrador Mercantil de Guayaquil.

este concepto en relación con el anterior estatuto mercantil, que lo regulaba, eso sí, con distintos grados de potencia y especificidad.

Este nuevo sistema jurídico mercantil, que recoge el Código del 2019, encontró su justificación en la insuficiencia de su antecesor que, codificado, como se dijo, en 1960², se mantuvo vigente por más de 50 años sin haber sufrido ninguna reforma en lo sustancial³, lo que evidentemente le impidió atender o siquiera acomodarse a las muy cambiantes realidades y necesidades del tráfico mercantil y de sus operadores.

Providenciales sobre este respecto son algunos de los considerandos del Código de Comercio del 2019, en los cuales la Asamblea Nacional -órgano máximo del Poder Legislativo- dejó expuesto, de manera palpable, la vetustez de la disciplina jurídico mercantil nacional, al indicar que “la obsolescencia y la carencia de sentido práctico que han caracterizado a varios pasajes normativos del Código de Comercio, que han continuado vigentes en el tiempo a pesar de la concurrencia de estas y otras circunstancias gravitantes, han impedido que este responda diligentemente al llamado que el tráfico mercantil demanda de él”, para luego concluir que resulta necesario “brindarle a la patria un nuevo Código de Comercio, adecuado a las actuales exigencias y dinamismo del comercio nacional e internacional”.

Ni qué decir acerca de la Ley de Registro ecuatoriana que, siendo también de la década de los sesenta⁴, está más bien encaminada a regular el devenir de los Registros de la Propiedad y el tráfico inmobiliario de bienes raíces, antes que el mercantil, con la excusa de que siempre se consideró que “los bienes inmuebles eran económicamente importantes y por ello debía someterse su adquisición y tráfico al formalismo del derecho registral”⁵.

A fuerza de lo antedicho, aflora entre nosotros que el *aggiornamento* al que fue objeto el sistema jurídico mercantil ecuatoriano en general, y el régimen de publicidad y oposición de los actos y contratos mercantiles en particular, con el advenimiento del nuevo estatuto mercantil, no es un baladío, ni constituyó el fruto de una iniciativa legislativa desencajada o divorciada con el tiempo en el que transita, ni con las realidades y necesidades sociales que intenta regular; es más bien la respuesta ciertamente tardía del Estado a una necesidad sistémica del comercio ecuatoriano, que esperó pacientemente su atención por más de cinco décadas.

Conceptos generales

Para aproximarnos al tema propuesto, consideramos prudente hacerlo desde la trinchera de los conceptos comunes de oponibilidad y publicidad, y desde el papel protagonista que el Registro Mercantil ostenta en relación con ellos, cuyo repaso juzgamos oportuno a los efectos de comprender en toda su amplitud la excepción comentada, y a los que acudiremos tan solo para lo estrictamente necesario.

2 Siendo el Código de Comercio el resultado de un fenómeno codificador, no supuso la expedición o creación de una norma jurídica *ex novo*, sino la ordenación y depuración sistemática de su articulado, transformándolo en un instrumento actualizado. Por lo tanto, en la práctica, el estatuto mercantil codificado en 1960 se trata, nada menos, que del segundo Código de Comercio ecuatoriano de 1906, promulgado por el general Eloy Alfaro Delgado, encargado del Mando Supremo de la República, mediante Decreto del 30 de julio de 1906, publicado el 26 de septiembre del mismo año.

3 El 31 de marzo del 2010 se publicó en el Registro Oficial la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, que si bien no reformó el Código de Comercio, supuso un notable avance en la disciplina registral y en la operatividad de los registros mercantiles, en la medida en la que fomentó la interconexión y seguridad informática de los datos públicos y ha aportado las bases orgánicas y administrativas de los registros y las políticas para la llevanza, custodia, actualización y rectificación de la información.

4 Publicada en el Registro Oficial el 28 de octubre de 1966.

5 Alvear, P. (2008) La aplicación de los principios registrales al libro de acciones y accionistas. Revista de Derecho Societario No. 9, de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario, Editorial Edino, p 91.

En su acepción más pacífica y aceptada, la palabra “oponer” comporta, nunca mejor dicho, hacer valer, reconocer un derecho de cargo o descargo *erga omnes*.

Íntimamente vinculado al criterio de oponibilidad, se encuentra por fundadas razones el de publicidad, bien entendida como la exteriorización material de la información inscrita, que una vez verificada, activa entre los operadores del mercado una serie de efectos jurídicos de lo más variopintos, que quisiéramos no obstante soslayarlos ex profeso para centrarnos tan solo en dos que interesan mayormente al presente trabajo: el primero, el de “oponibilidad”, al que nos hemos referido anteriormente; y el segundo, el de “cognoscibilidad”, que, representado en la expresión “la mera posibilidad de conocer, equivale a conocimiento”⁶, supone la vigencia del postulado de “conocimiento iuris” “tantum o presunto”, en la medida en que siendo público el acto inscrito, y encontrándose por tanto su contenido al acceso de cualquiera que lo solicite⁷, nadie podría alegar su desconocimiento.

La publicidad de lo “mercantil” tiene, en cierta medida, una relación simbiótica con la institución llamada por el derecho a materializarla, el Registro Mercantil, cuyo sistema jurídico regulador, el derecho registral, lo ha elevado a la categoría de principio, reconociendo de esta forma su relevancia para la disciplina.

Por lo antedicho, el Registro “Mercantil”, en cuanto “instrumento publicitario del tráfico”, ejerce un rol de extraordinaria importancia en el marco de la actividad empresarial, al saberse garante ya no solamente de la publicidad de los actos y contratos mercantiles, sino, a través de ella, de la seguridad jurídica de las operaciones de sus dependientes.

En este contexto, emerge sin contradicción que la publicidad de todo cuanto acceda al Registro Mercantil, lejos de significar un simple ejercicio de exteriorización de la información inscrita, constituye para la propia institución su motivo vital, representa nada menos que la “esencia del derecho registral, su naturaleza ontológica, pues el fenómeno publicitario se muestra como la técnica tipificante de la institución registral, más que como una característica o rasgo propio, y por lo tanto cambiante, de cada ordenamiento registral en particular”⁸.

Luego, siendo el Registro Mercantil “una institución esencialmente dirigida a los terceros”⁹, resulta del todo conforme con la lógica que entre sus deberes fundamentales se cuente el de conceder al tráfico mercantil y a sus intervinientes la debida seguridad jurídica, en la medida en la que los actos y contratos mercantiles, por causa de su inscripción, adquieren de ordinario un presunto grado de certeza, exactitud, en definitiva, validez, que persiste aún ante la amenaza, siempre latente, de que puedan ser objetos de contradicción al suscitarse divergencias entre lo inscrito y publicado con la realidad extratabular, que pueda incluso tener la virtualidad suficiente para anular o rectificar el acto inscrito, pero que a pesar de estas circunstancias, es sumamente útil para contrarrestar el muy marcado dinamismo y volatilidad sobre el que transita el tráfico mercantil, que muchas veces y con bastante rapidez y facilidad pueden traducirse en inseguridades e incumplimientos. La doctrina ecuatoriana, al compartir nuestro argumento, ha dicho que “el registro coadyuva a la seguridad jurídica, al permitir a los empresarios verificar los datos sobre los actos

6 Rojo, Á. Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen I, Editorial Thomson Reuters, p 114.

7 El derecho a acceder a la información inscrita en el Registro Mercantil prevista en los artículos 27 del Código de Comercio y 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos.

8 Moya Delgado, C El control de legalidad a las órdenes judiciales en el Registro Mercantil. Editorial Edino, p 5.

9 Rojo, Á. Ob. cit, página 114.

y contratos mercantiles, de los comerciantes personas naturales o jurídicas, que por la fijeza de los mismos, estos pueden ser confrontados”¹⁰.

En punto a complementar lo anterior, debemos advertir que el término “seguridad jurídica”, aplicado al tráfico mercantil, debe abordarse desde un extremo no contrario, sino complementario respecto del cual la disciplina constitucional ha desarrollado el concepto, ya que al estar íntimamente vinculado con los principios registrales de legalidad y veracidad, recogidos expresamente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en los artículos 7 y 11 de la Ley Orgánica de Registro de Datos Públicos y de su Reglamento, respectivamente, o con los de exactitud y validez en España, contenidos en los artículos 20.1 del Código de Comercio y 7.1 del Reglamento del Registro Mercantil, se ofrece con otros matices y alcances que van más allá del simple “respeto a la Constitución y a la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por autoridad competente”¹¹, en el sentido de que comporta la atribución de un grado de certeza y previsibilidad a la situación jurídica y económica del empresario, que se consigue por conducto de la inscripción de los actos mercantilmente relevantes del individuo, que sirve como protección para terceros, pues, como lo dijo el Alto Tribunal ecuatoriano, la seguridad jurídica en lo mercantil se presenta como un “conjunto de condiciones necesarias para anticipar las consecuencias jurídicas de la conducta personal y de la de terceros”¹².

Ya puestos en el terreno de la práctica, subrayamos que son varios los sistemas jurídicos comparados y los doctrinarios de distinto ropaje, que guardan sintonía, en mayor o menor medida, con la tesis comentada, que vincula la oponibilidad a la publicidad. Entre ellos, además del ecuatoriano, destaca la legislación española, que desde 1885 contemplaba en su Código de Comercio que los efectos de la inscripción -“entre ellos la oponibilidad”- afloraban frente a terceros desde la fecha en la que esta se practicaba. Como lo comenta ÁNGEL ROJO, “se presumía que el contenido de los asientos era conocido por todos desde la fecha de la inscripción. Los efectos de la publicidad del Registro Mercantil se conectaban, pues, al concreto momento temporal en que la inscripción se practicaba: a partir de ese momento, el acto era oponible al tercero”¹³.

Inclusive, después de la reforma acaecida de 1989, que significó para España el traspaso del “sistema de la inscripción al de la publicación”, la oponibilidad de la información vital del empresario sujeta a registro continuó supeditada al hecho mismo de su exteriorización, pero ya no desde la fecha en la que ocurría su inscripción, sino desde el momento en el que se verificaba su posterior publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, cuestión esta que, dicho sea de paso, no ha dejado de producir importantes debates aún inacabados en relación a su inconveniencia, en la medida en que la materia oponible es lo inscrito, y no lo publicado.

En definitiva, sea por activa o por pasiva, quisiéramos dejar por sentado como una idea medular del presente trabajo, que la oponibilidad de los actos y contratos mercantiles inscritos, en definitiva, públicos, al acceso material de terceros, en cuanto verbos rectores del sistema, siempre han significado un puntal relevante sobre los que se asienta y desarrolla la disciplina mercantil y registral, al punto de que muchos respetables opinadores tributen de la idea, sin duda extrema, de considerar ambas acepciones como sinónimos perfectos, o al menos, como medianamente similares en el marco de

10 Cevallos Vásquez, V. Manual de Derecho Mercantil. Cuarta Edición, Editorial Jurídica del Ecuador, p 94.

11 Artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador.

12 Gaceta Judicial, Año CIV, Serie XVII, No. 11, página 3428.

13 Rojo, Á. Ob. cit., página 136.

una relación equivalente de los términos, cuestión esta con la que no coincidimos en lo absoluto puesto que tal vinculación, antes que análoga, responde más bien a una verdadera relación condicional, toda vez que la oponibilidad de un acto o contrato viene dada, o mejor dicho, está condicionada o conectada al hecho mismo de su publicidad, lograda con la inscripción¹⁴.

El caso ecuatoriano

Llegados a este punto, hemos de advertir que el ordenamiento jurídico ecuatoriano no ha sido en nada ajeno a aquella vinculación condicional existente entre la publicidad de un acto o contrato mercantil, que se materializa con su inscripción en el Registro, y su oposición o reconocimiento respecto de terceros, al punto de que tanto el anterior estatuto mercantil codificado en 1960 como el actual han postulado por igual esta íntima correspondencia como una regla de la disciplina, comoquiera que el acto o contrato mercantil no inscrito no es materialmente público, y por lo tanto inoponible de cara a terceros, quienes, por el hecho mismo de desconocerlo, no se ven en modo alguno obligado de cumplirlo o respetarlo, sin faltar por ello al derecho.

De aquella relación asociante da buena cuenta el actual artículo 290 del Código de Comercio, que señala a bocajarro que “será inoponible a terceros, es decir, que los efectos del contrato o acto jurídico no serán reconocidos por aquel, los que se hubieren celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exija”.

Pero por infranqueable que aparezca ante nosotros la regla contenida en el artículo citado, que apenas es preciso explicarla por la exactitud lingüística, casi quirúrgica, con la que se ofrece y por los bien delimitados alcances y efectos jurídicos que de ella dimanar, resulta necesario señalar que aquella no es en modo alguno absoluta, en la medida en que ha sido el propio legislador nacional el que con el propósito, siempre consistente, de imprimirle notas de seguridad, hasta de justicia, al tráfico mercantil, y poniendo en valor la vigencia del principio de buena fe, transversal como se conoce en el derecho mercantil; ha dotado al propio Código de Comercio de una vía de escape a aquel sentido pétreo que caracteriza *prima facie* el postulado comentado, por lo que, a manera de excepción, el artículo 26 del mismo, superando la mera publicidad del acto jurídico, permite al siguiente tenor que el contrato mercantil no inscrito, sea perfectamente oponible a terceros, siempre que ellos lo llegasen a conocer como consecuencia de un hecho sobrevenido distinto al de la inscripción, cuyo desarrollo interesa el presente trabajo:

“**Art. 26.** Mientras un hecho o acto de aquellos que deben inscribirse en el Registro Mercantil, no se haya inscrito, no podrá oponerse frente a un tercero, a no ser que, por relaciones privadas entre el empresario y el tercero, este último haya recibido aquella información. En todo caso, siempre que se ocasione un daño a un tercero como consecuencia de la falta o tardía inscripción, el comerciante o empresario deberá los daños ocasionados”.

Un ejemplo que ilustra muy convenientemente los alcances y efectos de la excepción comentada, lo encontramos en el artículo 57 del estatuto mercantil que, al referirse al contrato de mandato mercantil, señala que “la modificación y la revocación del poder

14 Corrientes doctrinarias niegan del todo que la oponibilidad del acto o contrato mercantil tenga vinculación con su publicidad, puesto que el registro del documento se limita a exteriorizar situaciones surgidas y concretadas extraregistradamente, en las que el derecho ya está radicado cuando el documento es presentado para su inscripción. Entre ellos, Reyes Villamizar, al referirse al contrato de sociedad, señala que “en cuanto a la publicidad que se original en el registro mercantil, conviene tener en cuenta que la oponibilidad a que da lugar respecto del contrato social, se supedita a la legalidad del acto constitutivo. Así, para que el contrato sea oponible a terceros no basta con que se haya registrado, sino también que se hayan cumplido las condiciones de existencia y validez exigidas para la constitución de la sociedad”.

general debe anotarse en el Registro Mercantil respectivo. En su defecto, serán inoponibles a terceros, salvo que se pruebe que estos conocían la modificación o la revocación en el momento mismo de perfeccionarse el negocio”.

A primera vista, aflora entre nosotros que la oponibilidad a terceras personas del acto no inscrito queda supeditada, por imperativo del artículo 26, a la concurrencia forzosa de dos condiciones bien detalladas por la norma: una negativa, materializada en la falta de inscripción del acto o contrato en el Registro Mercantil; y otra positiva, que es el conocimiento real que el tercero tenga respecto de dicho acto o contrato.

Quisiéramos poner el foco en la segunda de las condiciones antes referidas, en la medida en la que podría ser objeto de no pocas opiniones contrarias, ya que supone, nada menos, que el contrapunto de todo lo hasta ahora comentado, es decir, la completa anulación de la inscripción registral como la única la vía regular y adecuada prevista por el derecho para adquirir el conocimiento de un determinado acto o contrato sujeto a tal formalidad, premisa que, de otra parte, se soporta y se entiende más claramente desde la lógica aparentemente irrefutable, de que el legislador, al disponer la inscripción obligatoria de un determinado acto o contrato en el Registro Mercantil, en consideración a su importancia para el tráfico en general, de ahí que el título tercero del libro primero del Código de Comercio se refiera a ellos empleando el apelativo de “relevantes”, es debido a que les ha reservado la producción de efectos jurídicos a partir del hecho mismo de su inscripción, y de uno entre todos ellos, el de la publicidad que, como antes hemos señalado, permite que los terceros puedan efectivamente llegar a conocerlo.

Contrario a lo que pudiera pensarse y decirse, es nuestro sentir que la condición positiva a la que nos hemos referido anteriormente, que prescribe el artículo 26 como presupuesto para “hacer valer” el acto no inscrito respecto de terceros, lejos de presentarse como un atropello a los principios de la disciplina registral, resulta del todo consistente con las normas del derecho e inclusive, con los mismísimos propósitos que persigue la inscripción de un acto o contrato en el Registro Mercantil, en la medida en que ambos reivindican el conocimiento, con la única diferencia de que este viene acreditado por un conducto distinto a la inscripción.

En punto a complementar lo anterior, resta decir que la idea de que el conocimiento de un determinado acto o contrato mercantil se perfecciona o se verifica en la esfera de los terceros exclusivamente por el formalismo de su inscripción en el Registro Mercantil, es un argumento que no resiste la mínima discusión, y que comporta tanto como desconocer el hecho indubitado para cualquiera de que tal mismo conocimiento puede también acreditarse de ordinario por otras vías igual de efectivas y por descontado más rápidas y dinámicas que la primera, y que están más a tono con estos tiempos altamente globalizados, como cuando es el propio empresario, titular de la información inscribible, el que por *mutuo proprio* exterioriza y comparte con terceros el acto o contrato celebrado, que es precisamente el escenario que ejemplifica el artículo 26. En este sentido, debe traerse a colación que las tendencias modernas del derecho mercantil y registral se divorcian cada vez más de las solemnidades innecesarias para reservarlas tan solo para lo estrictamente imperioso, en aras de llevarle el tono y compás al muy volátil tráfico mercantil, que nunca pierde la oportunidad para reclamar la existencia de nuevos instrumentos y mecanismos que consecuentes con tales realidades, coadyuven a sus intervinientes en el desempeño de sus operaciones.

Siguiendo con la evacuación del tema propuesto, habíamos comentado que la idea de oponer a terceros de buena fe el acto no inscrito, no es nueva para el fuero ecuatoriano,

comoquiera que ya había sido prevista en la Codificación de 1960, en la que no obstante se encontraba redactada de forma tal que, más que aportar respuestas o luces sobre la regla, germinó no pocas dudas sobre su aplicación, que ni la doctrina ni la jurisprudencia nacional han desarrollado con solvencia, como pasaremos a explicar brevemente a continuación.

El artículo 35 del anterior estatuto mercantil prescribía, sin más precisión, que “la falta de oportuno registro y fijación no podrá oponerla a terceros de buena fe, los interesados en los documentos a los que se refiere estos números”, haciendo referencia con la palabra “documentos” a las matrículas de los comerciantes, las autorizaciones del curador que habilite al menor para comerciar, las escrituras en que se forme, prorrogue o disuelva una sociedad, los poderes que los comerciantes otorgan a sus factores y dependientes para administrar sus negocios, entre otros, que “no producían efectos sino después de registrados y fijados”.

Nótese por tanto que el artículo *supra* tan solo delimitaba levemente la cancha de la oponibilidad del acto no inscrito, prescribiendo -así lo entendemos nosotros- nada más que las normas básicas relativas a la legitimación activa para hacer valer el acto no inscrito, es decir, a quien o quienes les asistía el *derecho a oponer*, omitiendo todo lo demás. En este sentido, si el acto o contrato mercantil no se inscribía en el Registro correspondiente por cualquier motivo inexcusable imputable al interesado, este no podía utilizar ante terceros la falta de inscripción del acto como pretexto justificante del eventual incumplimiento de sus prestaciones obligacionales, pero por el contrario, aquellos terceros de buena fe, amparados en el desconocimiento y la diligencia, sí podían hacer valer al remiso el acto o contrato mercantil no inscrito, exigiéndole el cumplimiento de lo debido.

No obstante lo antedicho, el argumento esgrimido no resulta del todo concluyente, en cuanto el segundo párrafo del artículo 31 del estatuto mercantil derogado disponía, por su parte, que la inscripción de cualquier documento en el Registro Mercantil podía llevarse a cabo a instancias de cualquier interesado, y no solamente por los contratantes, lo que inexorablemente incluye a los terceros, por lo que volvemos a las zonas grises de las que partimos.

En cualquier caso, supliendo los vacíos hasta entonces existentes con una redacción mejorada, el Código de Comercio del 2019 es meridianamente más explícito que su antecesor a la hora de detallar las condiciones en los que la oponibilidad de lo no inscrito se produce, de manera tal que en el artículo 26, antes reproducido, se estableció que el acto o contrato mercantil no inscrito deberá ser igualmente respetado y cumplido por el tercero contra quien se dirija desde el momento en que efectivamente lo conozca por un hecho distinto a su registro, cuestión esta que a simple vista se ofrece amplia y fácilmente entendible, pero que, no obstante, ya puestos en el terreno de la práctica, presenta varios extremos de enorme interés, que repercuten grandemente en la propia aplicabilidad de la regla, que pasaremos de inmediato a detallarlos.

El primero de ellos podría pensarse que es una obviedad, pero muchas veces lo elemental, por el hecho de tenerse tan cerca, puede no percibirse con suficiente nitidez: la excepción referida en el artículo 26 alcanza o se refiere en exclusiva a los “terceros”, al bien conocido como *penitus extranei*, al tercero absoluto en palabras de la doctrina, y no a las partes celebrantes del acto o contrato, a quienes por el contrario, se les impone en toda la línea el postulado de la obligatoriedad de los actos jurídicos, que, sin más aspavientos y pecando de exagerado simplismo, obliga a las partes intervinientes a un determinado acto o contrato, respetar y cumplir la palabra empeñada, en la medida en que la voluntad

humana exteriorizada de tal forma y libre de vicios, atendiendo a su función ordenadora y creadora de vínculos obligacionales, consigue siempre, sea por activa o por pasiva, la producción de efectos jurídicos; hasta el silencio, ya no se diga la voluntad exteriorizada, es germinadora de efectos jurídicos.

Tal postulado de obligatoriedad de los actos jurídicos adquiere mayor calado y comprensión si, a su vez, se asume la idea de que el contrato, mercantil o no, como resultado de la voluntad, además de su innegable importancia y utilidad en el ámbito económico, constituye también una herramienta que cumple una función aún más relevante y trascendental, la social, pues es por su intermedio que las personas satisfacen sus más elementales factores de subsistencia, de manera tal que la obligación, en cualquiera de sus dimensiones, plasmada en un determinado contrato, comporta mucho más que el vínculo jurídico que encadena a dos o más personas a la ejecución de una prestación debida y convenida; también significa o presupone la existencia de unas necesidades insatisfechas, la de sus agentes, que en el ejercicio de obligarse mutuamente procuran la solución de sus propias escaseces e intereses -personales o empresariales- que, de otra manera, no pueden o no quieren gestionar con sus propios medios.

Es precisamente en ese marco de mutua comunión de intereses ciertamente distintos, pero no por ello contrarios u opuestos, en “acatamiento a la intención de las partes, que es el elemento esencial de todo contrato, que es ley para las partes”¹⁵, en la que el opositor contractual no debe ser considerado como un adversario o contrincante sino como un coadyuvante para la realización de los propios fines, cuanto de los ajenos, que a nuestro sentir el postulado de la obligatoriedad de los actos jurídicos aplicado a lo mercantil adquiere toda su eficacia y utilidad, puesto que exige a la partes el cargo irrestricto de observar y cumplir las obligaciones de cada uno, en aras de conseguir la satisfacción de sus mutuas necesidades.

Inclusive, en el ámbito del derecho ecuatoriano, tan potente resulta ser el postulado de obligatoriedad de los actos jurídicos para los respectivos agentes, que ni siquiera la falta o tardía inscripción del acto o contrato en el Registro Mercantil, aún cuando la ley así lo ordene, tienen la virtualidad suficiente para que los legítimos contradictores del vínculo obligacional puedan desconocerse mutuamente las recíprocas prestaciones debidas.

Soportan nuestro argumento al menos dos premisas fundamentales: la primera, porque la publicidad que se consigue con el registro público del acto es un mecanismo de garantía o seguridad para “terceros”, no así para quien o quienes consciente y voluntariamente lo celebran y son, por tanto, plenos conocedores de su contenido, alcance y efectos, con independencia de su inscripción o no en el Registro Mercantil.

Confirman esta teoría los artículos 23 y 26 del Código de Comercio ecuatoriano, que señalan unánimemente que la falta de inscripción de un contrato “no será oponible a terceros”, excluyendo de tal remedio a las partes que lo celebraron.

Similar al caso ecuatoriano, el artículo 27 del Código de Comercio mexicano prescribe prístinamente que “los actos que deban inscribirse de acuerdo con las normas que los regulan, y que no se registren solo producirán efectos jurídicos entre los que lo celebren”.

En segundo término, porque en el derecho ecuatoriano, y salvo la excepción que veremos a continuación, la inscripción de un acto o contrato de aquellos que deben acceder al Registro Mercantil por imperio de la ley, constituye una formalidad no sustancial del

15 Expediente de Casación 262; R.O. 43, del 21 de junio del 2005; Juicio Ordinario 82-04; Primera Sala de lo Civil y Mercantil; Corte Suprema de Justicia del Ecuador.

mismo, de manera tal que su inobservancia o cumplimiento tardío no repercute o tiene consecuencias destructoras sobre su existencia. Si, contrario a lo que decimos, la inscripción de un acto o contrato mercantil fuese una formalidad sustancial o solemne en atención a la naturaleza del mismo, su incumplimiento no sería sancionado, como lo es actualmente y desde antaño, con la inoponibilidad, sino con un entredicho civil distinto y más severo, como el de la ineficacia liminar del acto.

Aportan lo suyo al tema comentado los artículos 268 y 269 del Código de Comercio que, al señalar los medios de prueba de los contratos mercantiles, prescriben que estos pueden acreditarse “por cualquier medio señalado por este Código”, inclusive por la prueba testimonial, y que “cuando las leyes de comercio exijan como requisito de forma del contrato que este conste por escrito, ninguna otra prueba es admisible, y a falta de este requisito, el contrato se entiende por no celebrado”, con lo cual se deja patente que la omisión del formalismo de la inscripción en el Registro Mercantil de un contrato sujeto a tal solemnidad, ni siquiera impide al interesado que la relación obligacional pueda ser igualmente acreditada por otros medios idóneos, tanto más cuando las normas antes referidas son enfáticas al señalar que la sanción de inexistencia de un contrato está reservada privativamente al caso, de suyo extremo, que debiendo verse reducido a escrito, no lo estuviese, y no a su falta de inscripción en el Registro Mercantil.

Escapa de lo antedicho, porque así expresamente lo señala el Código de Comercio, el contrato de prenda agrícola e industrial, para el cual el artículo 643 estipula que su existencia y validez entre las partes y *erga omnes*, depende indefectiblemente de su inscripción en el Registro Mercantil competente.

Lo expresado nos lleva al segundo tema que pretendemos analizar, en el sentido de que siéndole oponible al tercero el acto no inscrito a partir del preciso instante en el que este adquiere su conocimiento, la cuestión central del asunto estriba ahora en determinar con la precisión que el derecho y los negocios exigen, el momento exacto e incontrovertido en que tal hecho ocurre, cuestión esta que como se entenderá con facilidad, resulta harto difícil de acreditar.

De entre los medios probatorios recogidos por el derecho procesal ecuatoriano en el Código Orgánico General de Procesos, sobra decir que la prueba testimonial resulta débil e ineficiente para acreditar con veracidad el hecho comentado, por cuanto en el desarrollo de una testifical, y pese a las consecuencias advertidas de decir la verdad, puede ocurrir -como lamentablemente ocurre- falsos testimonios o, como bien lo señala el artículo 460 del Código Penal español, declaraciones que sin faltar sustancialmente a la verdad, la alteran con reticencia, inexactitudes o silencios u olvidos cómplices de hechos o datos relevantes, que en definitiva impiden de plano el esclarecimiento de la verdad.

Inclusive la prueba documental, de mayor peso que las demás, ofrece un cierto aire de dudas en torno a la cuestión, que abre la puerta a un debate todavía indefinido. En el supuesto de que aquel tercero haya conocido, bien sea a instancias del propio celebrante del acto o contrato no inscrito o incluso de otro tercero, el contenido del mismo por cualquier medio escrito que acredite suficientemente la fecha en la que se verificó su recepción, tal situación aún no concluye el asunto, puesto que la recepción, por sí sola y sin la conexión a otros medios probatorios, no prueba el conocimiento real del acto.

Luego, por descontada queda la prueba de la inspección judicial para acreditar el conocimiento, en cuanto tal medio probatorio solamente aplica para el examen o reconocimiento de lugares, cosas o documentos, en definitiva, especies corporales apreciables por los sentidos, como lo señala el artículo 228 del Código Orgánico General

de Procesos, categorías a las que el conocimiento, de naturaleza inmaterial, no se corresponde.

Finalmente, queda la cuestión de la buena fe.

Llama poderosamente la atención que el legislador, conspicuo en la redacción de la ley, haya omitido en el artículo 26 del Código de Comercio toda referencia al principio de buena fe en relación con la excepción de oponibilidad del acto no inscrito, que curiosamente si estaba puntillosamente prevista en el artículo 35 del anterior estatuto mercantil.

Pudiera pensarse que tal soslayo se encuentra del todo justificado desde la consciencia asumida de que el principio de la buena fe se presume tanto en las relaciones civiles como en las mercantiles, pero, a nuestro sentir, la respuesta es diametralmente distinta.

Es bien conocido que la buena fe es, en cierta medida, un principio moldeable y cambiante en lo no sustancial, en cuando siendo medianero con todas las disciplinas del derecho, ha sido distintamente conceptualizado por cada una de ellas en función del área a la que sirve y se aplica; así, el artículo 721 del Código Civil ecuatoriano relata que la buena fe es “la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exento de fraude y de cualquier otro vicio”, mientras que en el derecho procesal, la buena fe y la lealtad procesal son considerados sinónimos, y consiste en un “modelo ético que mediante reglas socialmente aceptadas como correctas, imponga en los intervinientes del proceso una conducta apropiada, evitando o sancionando la malicia o la temeridad, que contamine los procesos de conductas nocivas que conspiren con la naturaleza del derecho del proceso (...)”¹⁶.

Pero en lo que a la excepción de oponibilidad de lo no inscrito se refiere, el asunto se nos presenta axiomático: siendo el verbo rector, el hecho detonante para su exigibilidad, nada menos que el conocimiento del acto no inscrito, la buena fe no puede tratarse de otro hecho que no sea precisamente el comentado.

Así las cosas, la buena fe del tercero no se configura o germina, ni puede siquiera exigirse más como una norma básica y elemental de conducta, antes de que ocurra y se verifique el conocimiento de lo no inscrito, sino precisamente después que tal hecho ocurra, de manera tal que a partir de momento, lo honrado y lo justo entre las partes es que el tercero cumpla satisfactoriamente lo debido; a *contrario sensu*, sería un evidente acto de mala fe que el tercero, aún conociendo el acto no inscrito, decida ignominiosamente no acatarlo.

En definitiva, como colofón del presente trabajo, sabemos que es mucho y muy diverso lo que todavía falta por escribir y explicar en torno a la cuestión ofrecida, que este trabajo en forma alguna ha intentado agotar, entre otros factores, por la amplitud de sus conceptos, que ya corresponderá desentrañar al buen saber y actuar de los jueces, y al tamiz de la más acuciosa doctrina, con la convicción de que la oponibilidad del acto no inscrito se ofrece a los operadores del tráfico como una herramienta justa y por ello altamente valiosa en el habitual ejercicio de sus actividades.

¹⁶ Lema Quinga, Bolívar Sandrino. Informe de Investigación: El principio de buena fe procesal en materia penal, página 3. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, Ecuador. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3685/1/PI-2009-03-Lema-El%20principio.pdf>

DESENREDA TU IDEA DE NEGOCIO Y CONVIÉRTELA EN UNA OPORTUNIDAD DE MERCADO

TENEMOS TRES TALLERES GRATUITOS RECOMENDADOS:

- Convierte tu idea en una oportunidad de mercado
- Pasos para desarrollar tu idea de negocio
- Diseña tu modelo de negocio



Síguenos en:

Accede a www.ccb.org.co
o llámanos al **3830330**



Cámara
de Comercio
de Bogotá

#SOYEMPRESARIA

La Acción Social de Responsabilidad y su certificación en el Registro Mercantil

Juan Carlos Cruz

Asesor Jurídico - Vicepresidencia de Registros
Cámara de Comercio de Bogotá

A continuación, desarrollaré a título personal un planteamiento jurídico que no compromete la responsabilidad de las cámaras de comercio en el actuar frente a un caso determinado, es una forma de mirar desde otra perspectiva la solución a un problema jurídico que abordo.

Para plantear el problema jurídico es importante tener en cuenta que la acción social de responsabilidad se enmarca en el derecho de acción entendido como el derecho público subjetivo que tiene todo sujeto de acudir a la jurisdicción para reclamar la satisfacción de una pretensión mediante un proceso; dicha pretensión es de condena y consiste en la declaración, por parte del juez, de la responsabilidad patrimonial de los administradores para obtener la reparación de los perjuicios que, por dolo o culpa, ocasionen a la sociedad.

Los requisitos de procedibilidad de dicha acción están establecidos en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995¹. En este caso, el sujeto activo de la acción es la sociedad y el sujeto pasivo es el o los administradores que hayan ocasionado el perjuicio².

Es importante tener en cuenta que los administradores, con base en la Ley 222 de 1995, tienen un grado de diligencia mayor en sus actuaciones, las cuales deben desarrollar con la diligencia propia de un buen nombre de negocios.

1 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 222 (20, diciembre, 1995). Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diario oficial. Bogotá, D. C., 1995. No. 42.156. Disponible desde Internet en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0222_1995.html

2 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 220-13628. Bogotá, D. C. Disponible desde Internet en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/2495.pdf

Ahora bien, para efectos de publicidad frente a terceros de la inscripción de un acta en el registro mercantil que contiene la aprobación de una acción social de responsabilidad social contra un representante legal o administrador, las cámaras de comercio tienen una importante función en su certificación, como es el de la publicidad y oponibilidad frente a terceros, y su valor probatorio en el tema societario.

A continuación, presento el siguiente problema jurídico:

La inscripción en el registro mercantil de la Acción Social de Responsabilidad contra el representante legal o administrador conlleva:

- I. ¿La supresión de dicho nombramiento en los certificados de existencia y representación legal que expiden las cámaras de comercio?
- II. ¿Se debe certificar el anterior representante legal?

CONSIDERACIONES

Para desarrollar los anteriores planteamientos jurídicos, es necesario revisar las normas actuales que rigen la materia, entre las cuales encontramos:

- a. **Ley 222 de 1995** (por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones).

Esta norma consagra la acción social de responsabilidad en el artículo 25, el cual señala:

“ARTÍCULO 25. ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD. La acción social de responsabilidad contra los administradores corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios, que podrá ser adoptada aunque no conste en el orden del día. En este caso, la convocatoria podrá realizarse por un número de socios que represente por lo menos el veinte por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés en que se halle dividido el capital social.

La decisión se tomará por la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión e implicará la remoción del administrador.

Sin embargo, cuando adoptada la decisión por la asamblea o junta de socios, no se inicie la acción social de responsabilidad dentro de los tres meses siguientes, esta podrá ser ejercida por cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad. En este caso los acreedores que representen por lo menos el cincuenta por ciento del pasivo externo de la sociedad, podrán ejercer la acción social siempre y cuando el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para satisfacer sus créditos.

Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de los derechos individuales que correspondan a los socios y a terceros” **(negritas y subrayado fuera de texto).**

Así las cosas, una de las consecuencias jurídicas de la decisión emitida por la asamblea o junta de socios cuando aprueban la acción social de responsabilidad contra un administrador, es su remoción.

Por su parte, la Superintendencia de Sociedades conoce de la acción de responsabilidad en contra de los administradores, en virtud de las facultades jurisdiccionales otorgadas por la Ley 1564 de 2012, literal b, numeral 5, artículo 24³, por lo cual, en el proceso declarativo a que haya lugar, será citado el representante legal que se demande⁴.

- b. **Código de Comercio:** ahora bien, en cuanto a la permanencia y publicidad de los representantes legales inscritos en el registro mercantil de las cámaras de comercio; el Código de Comercio nos da una ilustración.

El artículo 164 del Código de Comercio⁵, estipula:

“ARTÍCULO 164. Las personas inscritas en la cámara de comercio del domicilio social como representantes de una sociedad, así como sus revisores fiscales, conservarán tal carácter para todos los efectos legales, mientras no se cancele dicha inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento o elección.

La simple confirmación o reelección de las personas ya inscritas no requerirá nueva inscripción” (negrilla y subrayado fuera de texto).

Por su parte, el artículo 442 del Código de Comercio, indica:

“ARTÍCULO 442. Las personas cuyos nombres figuren inscritos en el correspondiente registro mercantil como gerentes principales y suplentes serán los representantes de la sociedad para todos los efectos legales, mientras no se cancele su inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento” (negrilla y subrayado fuera de texto).

Estas normas señalan que un representante legal nombrado e inscrito en el Registro Mercantil conserva su calidad hasta tanto no se registre su reemplazo; no obstante, si bien es cierto que el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 trae como consecuencia la remoción de los administradores cuya acción social de responsabilidad fue aprobada por la asamblea o junta de socios, nada impide que se sigan certificando con una anotación especial en la que se indique que fueron removidos en virtud del artículo 25 de la Ley 222 de 1995.

- c. **Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio:** La circular de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), señala que uno de los documentos que se deben inscribir en el libro IX del Registro Mercantil, corresponde al acta en que conste la remoción del administrador como consecuencia de la decisión de iniciar la acción social de responsabilidad, y como consecuencia de ello, las cámaras de comercio deben dar publicidad del registro efectuado en los certificados de existencia y representación legal para efectos de su oponibilidad frente a terceros.

3 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario oficial. Bogotá, D. C., 2012. No. 48.489. Disponible desde Internet en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html

“ARTÍCULO 24. EJERCICIO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES POR AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. Las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas:
(...)

5. La Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia societaria, referidas a:

a) Las controversias relacionadas con el cumplimiento de los acuerdos de accionistas y la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos.

b) La resolución de conflictos societarios, las diferencias que ocurran entre los accionistas, o entre estos y la sociedad o entre estos y sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral.

(...)” (Subrayado fuera del texto original).

4 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-014543 (8, febrero, 2018). Bogotá, D. C. Disponible desde Internet en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-014543.pdf

5 COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 (27, marzo, 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario oficial. Bogotá, D. C., 1971. No. 33.339. Disponible desde Internet en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html

d. **Corte Constitucional:** la permanencia en el certificado de existencia y representación legal de un representante legal, removido en virtud de una acción social de responsabilidad, se puede encontrar fundamentada en la Sentencia C-621 de 29 de julio de 2003, por medio de la cual declaró exequibles los artículos 164 y 442 del Código de Comercio, señalando unos condicionamientos para estos artículos, los cuales se resumen así:

- I. Se reconoce que existe un derecho a que se cancele la inscripción del nombramiento del representante legal o del revisor fiscal en todas las oportunidades **en que por cualquier circunstancia cesan en el ejercicio de sus funciones**. Este derecho acarrea la obligación correlativa de los órganos sociales competentes en cada caso, de **proveer el reemplazo y registrar el nuevo nombramiento**.
- II. Para el nombramiento del reemplazo y el registro del nuevo nombramiento se deben observar, en primer lugar, las previsiones contenidas en los estatutos sociales.
- III. Si los estatutos sociales no prevén expresamente un término dentro del cual debe proveerse el reemplazo del representante legal o del revisor fiscal saliente, **los órganos sociales** encargados de hacer el nombramiento deberán producirlo dentro del plazo de **treinta días, contados a partir del momento de la renuncia, remoción, incapacidad, muerte, finalización del término estipulado, o cualquier otra circunstancia que ponga fin al ejercicio del cargo**.

Durante este lapso la persona que lo viene desempeñando continuará ejerciéndolo con la plenitud de las responsabilidades y derechos inherentes a el

A esta conclusión arriba la Corte, aplicando por analogía las normas que regulan la terminación del contrato de trabajo a término indefinido, contenidas en el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 5 del Decreto Ley 2351 de 1956⁶.

- IV. Pasado el término anterior sin que el órgano social competente haya procedido a nombrar y registrar el nombramiento de un nuevo representante legal o revisor fiscal, termina la responsabilidad legal del que cesa en el ejercicio de esas funciones, incluida la responsabilidad pena.

No obstante, para efectos de la cesación de la responsabilidad a que se acaba de hacer referencia, el representante legal o el revisor fiscal saliente debe **avisar a la cámara de comercio respectiva, a fin de que esa información se incorpore en el certificado de existencia y representación legal** correspondiente a la sociedad.

- V. Si vencido el término de treinta días y mediando la comunicación del interesado a la Cámara de Comercio sobre la causa de su retiro no se produce y registra el nuevo nombramiento de quien reemplazará al representante legal o al revisor fiscal saliente, **este seguirá figurando en el registro mercantil en calidad de tal, pero únicamente para efectos procesales, judiciales o administrativos**, sin perjuicio de las acciones que pueda interponer en contra de la sociedad por los perjuicios que esta situación pueda irrogarle.

⁶ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2351 (4, septiembre, 1965). Por el cual se hacen unas reformas al Código Sustantivo del Trabajo. Bogotá, D. C. Disponible desde Internet en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=83596>

- VI. No obstante todo lo anterior, **la falta de publicidad** de la causa que da origen a la terminación de la representación legal o de la revisoría fiscal, hace **inoponible** el acto o hecho frente a terceros, ante quienes el representante legal o revisor fiscal que figure registrado como tal continuará respondiendo para todos los efectos legales.

Como se puede observar, la Corte Constitucional provee el mecanismo que deben seguir los órganos sociales en cualquier evento en que cesan las funciones de los administradores, como ser removidos en virtud de la acción social de responsabilidad.

Entre otros, estableciendo que los órganos sociales encargados de hacer el nombramiento deberán producirlo en primer término dentro de lo pactado estatutariamente, en ausencia de ello, dentro del plazo de treinta días, contados a partir del momento de la **remoción**.

Asimismo, la importancia de que sigan figurando en el registro mercantil si no se realiza el nuevo nombramiento, pero únicamente para efectos procesales, judiciales o administrativos.

CONCLUSIÓN Y RESPUESTA AL PLANTEAMIENTO JURÍDICO

La inscripción de la acción social de responsabilidad en el registro mercantil que llevan las cámaras de comercio tiene como consecuencia la remoción del administrador, lo que implica que los entes camerales deben dar publicidad en el certificado de existencia y representación sobre tal circunstancia.

Esta publicidad conlleva la certificación sobre la acción social de responsabilidad sobre la persona que recayó la acción.

Una práctica aconsejable para efectos de la certificación es acoger los lineamientos señalados en la Sentencia C-621 de 2003 de la Corte Constitucional, en el sentido de estas personas seguirán figurando en el registro mercantil en calidad de tal, pero únicamente para efectos procesales, judiciales o administrativos, con la anotación de la inscripción de la acción social de responsabilidad y los efectos de su remoción, hasta tanto se registre un nuevo nombramiento o reemplazo.

Remover del certificado al representante legal sobre el cual recayó la acción y certificar el anterior representante legal puede acarrear consecuencias jurídicas en contra de la sociedad, en el evento que la persona que se certifique anterior a la persona removida se encuentre en las siguientes situaciones:

1. Hubiere fallecido y con la certificación se estuviere reviviendo la calidad de representante legal a una persona difunta.
2. En el evento que el anterior representante legal lo hubieren removido por conflicto de intereses, y certificarlo ahora conllevaría a que la sociedad nuevamente entre en ese conflicto.
3. El representante legal anterior, al certificarse nuevamente, podrá obligar a la sociedad firmando contratos y adquiriendo obligaciones durante un periodo para el cual no fue electo.
4. Certificar a una persona como representante legal, para un periodo en el cual no fue elegido, desnaturaliza la voluntad societaria de sus miembros en sus decisiones y lo pactado estatutariamente para sus periodos.

Por lo anterior, en aras de preservar la seguridad jurídica y voluntad en las actuaciones realizadas por los entes societarios, así como de sus órganos de dirección y administración en la elección de los administradores para periodos determinados, en el evento que se registre un acta en el registro mercantil que contenga la aprobación de una acción social de responsabilidad contra un administrador o representante legal, mi conclusión conlleva a que las cámaras de comercio deberían continuar certificando ese nombramiento en la mencionada calidad, pero únicamente para efectos procesales, judiciales o administrativos, con la anotación especial de la inscripción de la acción social de responsabilidad y su remoción; lo anterior, hasta tanto se registre un nuevo nombramiento o reemplazo.

Las opiniones y valoraciones por los autores en los artículos que componen esta revista son de responsabilidad exclusiva de ellos y no comprometen la opinión o criterio oficial de la Cámara de Comercio de Bogotá.

HAZ COMO JUAN Y FORMALIZA TU EMPRESA DE LA MANO DE LA CCB

Tenemos para ti **talleres gratuitos** para crear tu empresa y conocer aspectos tributarios del negocio.

Accede a www.ccb.org.co
o llámanos al **3830330**



 Cámara
de Comercio
de Bogotá

#SOYEMPRESARIO



Cámara
de Comercio
de Bogotá

#SOYEMPRESARIO

ccb.org.co

Síguenos en:

