

Revista
**Derecho
Registral**
4

VICEPRESIDENCIA DE
SERVICIOS REGISTRALES







PRESIDENTE

Dra. Mónica de Greiff

VICEPRESIDENTE EJECUTIVA

Dra. Martha Yaneth Veleño Quintero

VICEPRESIDENTE DE SERVICIOS REGISTRALES

Dr. Martín Fernando Salcedo Vargas

JEFE ASESORÍA JURÍDICA REGISTRAL

Dra. Victoria Valderrama Ríos

EQUIPO OBSERVATORIO DE DERECHO REGISTRAL

Dr. Rafael Andrés Poveda Latorre

**COLABORADORES PARTICIPANTES EN LA ELABORACIÓN
DE ARTÍCULOS ACADÉMICOS**

Dra. María Angélica Rhenals Montes

Dra. Juliette Vivian Flórez Capera

Dr. Gustavo Andrés Piedrahita Forero

Dr. Juan Carlos Cruz Calderón

Dr. Camilo Eduardo González Rodríguez

2015

ISSN 2422-2828

Prohibida su venta y comercialización al público

REVISTA DERECHO REGISTRAL

200 Ejemplares de 56 páginas

Impreso en Bogotá - Colombia por Excelsior Comunicaciones S.A.S.

Diciembre de 2015

PRESENTACIÓN

La Cámara de Comercio de Bogotá, como institución de carácter privado y encargada de administrar los registros públicos delegados por ley, continúa en un proceso de fortalecimiento doctrinal para replicarlo en los usuarios de dichos registros y en la comunidad en general.

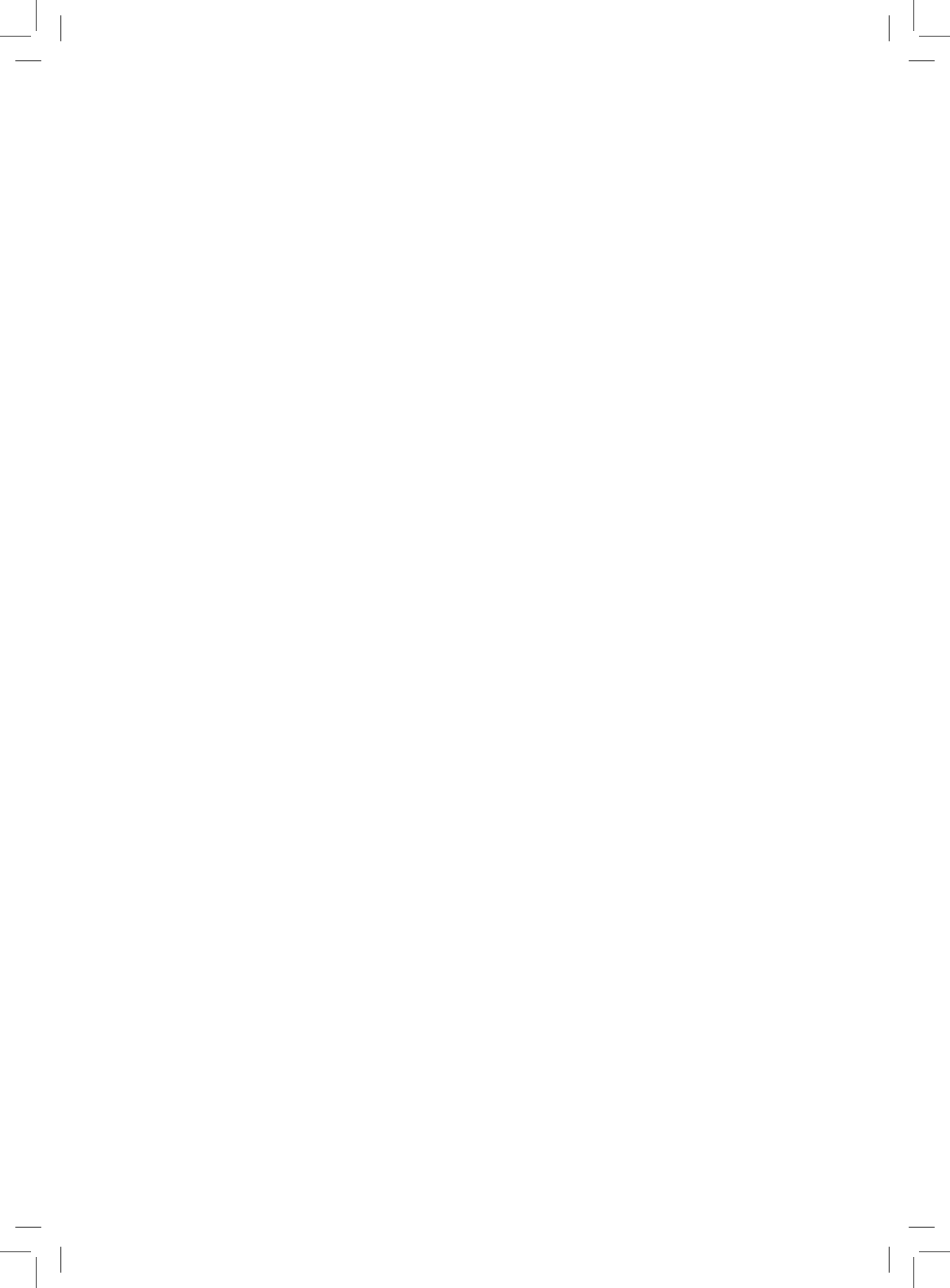
Con la presente publicación pretende seguir ilustrando a todas aquellas personas interesadas en los diferentes temas relacionados con el Derecho Registral y con las cámaras de comercio, para darlas a conocer y difundirlas.

Comprometidos con el desarrollo, nos permitimos presentar para el conocimiento público temas de especial interés alrededor de la institución registral, los cuales permitirán unificar criterios, estabilizar y fortalecer su marco regulatorio.

Damos la bienvenida a este cuarto número de la revista de Derecho Registral, conscientes del aporte que sus artículos brindan para los abogados, los particulares, los empresarios y todas aquellas entidades que se sientan identificadas con la normatividad y aplicabilidad de los conocimientos expuestos por los autores de la presente publicación.

Finalmente, agradecemos a los autores sus aportes, fruto del conocimiento propio de la experiencia y que será un instrumento más de información para esta entidad registral.

Martín Fernando Salcedo Vargas
Vicepresidente de Servicios Registrales
Cámara de Comercio de Bogotá



CONTENIDO

ASPECTOS RELATIVOS AL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL Y SUS PRINCIPALES DIFERENCIAS CON OTROS CONTRATOS COMERCIALES	7
I. INTRODUCCIÓN	7
II. DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL	7
1. Antecedentes	7
2. Definición y los elementos esenciales del contrato de agencia mercantil	9
a. La independencia	9
b. La estabilidad	9
c. El encargo de promoción o explotación	10
d. La actuación por cuenta de otro	12
3. Contenido del contrato de agencia comercial	12
a. Los poderes o facultades del agente	13
b. El ramo sobre el que versan sus actividades	13
c. Tiempo de duración	13
d. Territorio en que se desarrolle la actividad	14
4. Aspectos especiales del contrato de agencia mercantil	14
a) Remuneración al agente	14
b) Exclusividad	15
c) Aplicación de la ley colombiana	15
d) La prestación comercial - Cesantía Comercial (artículo 1324 inciso 1)	16
e) La indemnización (artículo 1324 inciso 2)	16
f) Contrato de agencia y registro mercantil - Formalidades del contrato	17
g) La agencia comercial de hecho	18
III. DIFERENCIAS RELEVANTES CON OTROS CONTRATOS MERCANTILES	19
1. Contrato de trabajo	19
2. Contrato de comisión	20
3. Contrato de proposición	20
4. Contrato de distribución	20
5. La franquicia y la concesión	21
IV. CONCLUSIÓN	22

LA LEY 1727 DE 2014: UNA EVOLUCIÓN NORMATIVA NOVEDOSA QUE FORTALECE LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS CÁMARAS DE COMERCIO	23
RESUMEN	23
I. LA LEY 1727 DE 2014 FIJA NUEVAS REGLAS DE JUEGO PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LAS CÁMARAS DE COMERCIO Y SUS COMERCIANTES	23
II. EL COMITÉ DE AFILIACIÓN: ÚNICO ÓRGANO ENCARGADO DE LAS DETERMINACIONES QUE SE TOMEN EN CUANTO A LA AFILIACIÓN Y DESAFILIACIÓN DE LOS COMERCIANTES	25
III. CONSIDERACIONES FINALES	27
FUSIÓN EN ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO DEL SECTOR RÉGIMEN COMÚN - CONTROL FORMAL DE LAS CÁMARAS DE COMERCIO	28
1. Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-92063.	30
2. Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. Concepto del 26 de marzo de 2015 - Radicación nro. 3-2015-3723.	30
3. Control formal de las cámaras de comercio	31
LA PLURALIDAD COMO REQUISITO ESENCIAL EN LA CELEBRACIÓN DE REUNIONES POR DERECHO PROPIO EN LA SAS	34
1. La pluralidad como elemento esencial de la personificación jurídica societaria	34
2. La voluntad social	37
3. De las reuniones por derecho propio en las sociedades del Código de Comercio	38
4. Reuniones por derecho propio en la SAS	41
5. Cambio de paradigma	43
6. Reinterpretación de la Ley 1258 de 2008	44
7. Conclusión	50

ASPECTOS RELATIVOS AL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL Y SUS PRINCIPALES DIFERENCIAS CON OTROS CONTRATOS COMERCIALES

Dra. María Angélica Rhenals Montes¹

I. INTRODUCCIÓN

El contrato de agencia comercial ha sido un instrumento fundamental para los empresarios, en la medida en que ha contribuido con el avance del comercio, permitiendo la facilidad en el manejo y distribución de productos y servicios de la región.

Sin embargo, a pesar de su importancia no es errado afirmar que su regulación ha generado ciertos inconvenientes en el ámbito jurídico, en la medida en que se han presentado múltiples pronunciamientos acerca de aspectos propios de este contrato. Un ejemplo ilustrativo de ello es el caso de la llamada cesantía comercial, consagrada en el artículo 1324 del Código de Comercio.

Al margen de las diferentes discusiones que puedan suscitarse, es trascendental conocer los principales aspectos de este contrato y los avances que ha logrado a lo largo de su recorrido histórico por cuanto ello permite una correcta adecuación de la figura jurídica a la situación particular a la que el empresario pueda enfrentar.

Igualmente, es importante conocer las diferencias del contrato de agencia comercial con otros instrumentos que también son de gran valor para los comerciantes pero cuyas repercusiones son un tanto distintas.

Por ende, en aras de contribuir con una correcta utilización de las figuras jurídicas que ofrece nuestro ordenamiento y que el empresario pueda delimitar la figura más conveniente a la realidad de su negocio y su propósito empresarial, abarcaremos ciertos aspectos de la agencia comercial, exponiendo su contraste con otros contratos.

II. DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL

1. Antecedentes

La regulación del contrato de agencia comercial puede considerarse reciente en el ámbito del Derecho. Esta figura surge, como ocurre con la mayoría de las estructuras legales, a partir de un acontecimiento o hecho histórico: el auge de la industria y el comercio en el siglo XIX.

Este suceso impulsa a los comerciantes a expandir sus negocios y su

1. Abogada Dirección de Registro Mercantil y ESALES.

círculo de realización de actividades mercantiles de forma más duradera y estable. En esta medida, ubicar a sus empleados directamente vinculados en cada uno de los lugares donde se generaban negocios no parecía ser lo más conveniente ni lo más rentable. Surge así la necesidad de instituir un comerciante autónomo que tuviese capacidades para servir de puente entre el empresario y el mercado. Dicha autonomía implicaría que la persona no fuese un empleado directo sino más bien un colaborador independiente, cuya remuneración se haría en proporción a las utilidades de sus gestiones.

La función de estos agentes sería en esencia comercial: mediar y facilitar las ventas, haciendo coincidir la oferta y la demanda o procurando una nueva demanda².

Por las razones anteriormente expuestas, es lógico que los Estados se hayan vistos en la obligación de establecer las primeras regulaciones legislativas sobre la materia, tendientes a reglamentar la actividad del agente como nuevo sujeto del comercio.

En el caso particular de la legislación colombiana, se adopta por primera vez la regulación del contrato de agencia comercial en el Decreto 410 de 1971 por medio del cual se expidió el Código de Comercio.

La fuente directa frente a la regulación del contrato de agencia comercial en el Decreto 410 de 1971 fue el proyecto de Ley nro. 27 “por el cual se protege el capital nacional y se dictan normas sobre agentes representantes o producto de origen extranjero”, iniciativa que la Comisión Tercera Constitucional de la Cámara de Representantes dio trámite en 1969.

A su vez, este proyecto se inspiraba en la Ley 75 del Estado de Puerto Rico (1964), la Ley 173 de 1966 de la República Dominicana y el Decreto 344 de 1969 de la República de Panamá.

Sin embargo, no les fue dado el carácter de orden público a las normas que regulan la agencia comercial instaurada en el actual Código de Comercio. Se pretendió más bien dictar normas supletivas encaminadas a la protección de intereses particulares de los agentes³.

Puede afirmarse que la razón por la cual el legislador colombiano no asumió la filosofía del proyecto de Ley nro. 27 es por la tradición de derecho privado que ha acompañado a nuestra legislación mercantil a través del tiempo. Nuestra tradición jurídica, fundada en el Estado de Derecho, se contrapone con las ideologías legales de otros países.

2. ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Contratos mercantiles - Contratos atípicos*. Decimotercera edición. Bogotá: Legis, 2012. Página 222.

3. CARDOZO LUNA, Bernardo. *La agencia comercial en el Derecho Mercantil colombiano*. Pontificia Universidad Javeriana. Página 16.

2. Definición y los elementos esenciales del contrato de agencia mercantil

El actual Código de Comercio consagró el contrato de agencia comercial en los artículos 1317 al 1331, definiéndolo de la siguiente forma:

“Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo”.

De esta definición, podemos extraer los elementos de la esencia del contrato de agencia comercial, que suelen predicarse para la configuración de esta figura, los cuales son:

- A. La independencia.
- B. La estabilidad.
- C. El encargo de promoción o explotación.
- D. La actuación por cuenta de otro.

No está de más recordar que el artículo 1501 del Código Civil indica que “son de la esencia de un contrato

aquellas cosas sin las cuales no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente”.

Es así como el estudio de los elementos esenciales del contrato de agencia comercial es de gran relevancia para que el empresario pueda determinar si su propósito empresarial se adecúa a la figura de la agencia o si, por el contrario, se conforma otro contrato. Veamos cada uno de ellos:

A. LA INDEPENDENCIA

Es un elemento de la esencia del contrato de agencia comercial. Implica que el agente desarrolle una actividad en interés ajeno, pero mediante el ejercicio de una empresa propia⁴. Por ende, el agente tiene la libertad para actuar en el comercio, teniendo de presente el cumplimiento de las obligaciones ante su agenciado, asumidas en la celebración del contrato.

Esta independencia se manifiesta, por ejemplo, en la apertura de oficinas, locales y establecimientos de comercio por parte del agente e incluso en la facultad de vincular empleados para la explotación del negocio, celebrar actos jurídicos, realizar promociones publicitarias y, en general, todo aquello que procure el debido cumplimiento del encargo.

4. BONIVENTO JIMÉNEZ, José Armando. Contratos mercantiles de intermediación. Segunda edición. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional. Página 138.

Compartiendo la posición del Dr. Hernando Cardozo Luna en su libro *La agencia comercial en el Derecho Mercantil colombiano*, no es errado afirmar que el contrato de agencia comercial puede considerarse como un contrato *intuitu personae*, ya que las capacidades que posea el agente motivan a la vinculación jurídica. Sería contradictorio que el agente busque como agente un comerciante inexperto para encargarlo de la explotación, distribución y promoción de un negocio suyo.

Ahora bien, debemos dejar claro que el agente se encuentra vinculado con el empresario en virtud de la celebración del contrato, debiendo cumplir con las obligaciones emanadas del mismo; sin embargo, ello no implica ningún tipo de subordinación. Y es precisamente el carácter de independiente lo que desvirtúa y excluye cualquier tipo de concurrencia entre el contrato de agencia comercial y el contrato de trabajo. Recordemos que el elemento de subordinación o continua dependencia es lo que caracteriza la existencia del contrato de trabajo⁵.

De la determinación de uno y otro tipo de contrato, se derivan consecuencias diferentes: en especial, lo relacionado con el monto y naturaleza de las prestaciones.

B. LA ESTABILIDAD

Este elemento supone que en las actuaciones propias del agente debe haber continuidad, excluyendo la realización de encargos esporádicos y ocasionales.

El empresario, como comerciante, desea un verdadero posicionamiento en el mercado y es por esta razón por la cual el agente debe actuar de manera continua tanto en espacio como en tiempo.

Por tanto, el agente debe demostrar dicha estabilidad a partir de conductas concretas tales como aperturas de locales u oficinas, contratación de personal, informes periódicos al agenciado, etc.

Se considera la estabilidad como un elemento de la esencia del contrato de agencia a tal punto que la ley protege al agente de la terminación intempestiva del contrato por parte del empresario: consagró ciertas disposiciones propias de la agencia comercial, las cuales son la indemnización en el artículo 1324 del Código de Comercio, el derecho de retención en el artículo 1326 del Código de Comercio e incluso consagró la llamada prestación final del artículo 1324 inciso 1.

Debe tenerse en cuenta que la estabilidad se enfatizará a medida que se desarrolle el contrato y se reflejará en

5. Artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo.

las actuaciones que el agente realice en beneficio del empresario y del propio.

C. EL ENCARGO DE PROMOCIÓN O EXPLOTACIÓN

El encargo de explotar o promover negocios en un determinado ramo marca una diferencia específica en el contrato de agencia comercial como modalidad de mandato.

En este punto, es importante conocer el balance de la definición de “encargo” y la actividad que puede desempeñar el agente en cumplimiento de ese mandato⁶:

La palabra encargo hace referencia a <<encomendar, poner una cosa al cuidado de otro, encargar o confiar en alguien para que haga algo>>.

Observando esta definición, podemos concluir que el contrato de agencia comercial no es la única figura contractual que implica un encargo; por el contrario, no puede considerarse el encargo como un criterio diferenciador. Los contratos de trabajo, transporte, corretaje, mandato y obra son claros ejemplos de la gestión de negocios ajenos en donde aparece un encargo.

Es por esta razón que ese encargo debe ir acompañado de una activi-

dad propia, la cual permita una plena identificación del contrato de agencia comercial. Esa actividad puede abarcar un abanico de posibilidades: i) *Promover*, que implica la búsqueda de clientes, inducirlos a contratar o invitarlos a que hagan propuestas, es una labor preparatoria; ii) Además de la promoción o explotación, el agente puede encargarse de la *fabricación o distribución* de uno o varios productos del empresario.

Cabe anotar que al momento en que el empresario encarga a su agente de la promoción o distribución de un negocio, no lo está limitando a una simple ejecución de uno o varios actos (tal como acontece, por ejemplo, en el mandato y la comisión), sino que su encargo abarca la promoción de actos sucesivos hasta obtener una adecuada explotación del fin propuesto⁷. Se trata, entonces, de una labor permanente.

De esta manera, el agente asume la obligación de la promoción y explotación de un negocio, pero dicha labor se encuentra circunscrita a un determinado ramo y en una zona prefijada del territorio nacional. Estas son circunstancias que deben concurrir para que pueda hablarse de agencia comercial.

Concluimos en este punto diciendo que el encargo ligado a la actividad propia que debe desarrollar el agen-

6. ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Contratos mercantiles - Contratos atípicos*. Decimotercera edición. Bogotá: Legis, 2012. Página 226.

7. *Ibidem*. Página 3.

te distingue la agencia comercial de otras especies de mandato.

D. LA ACTUACIÓN POR CUENTA DE OTRO

Este elemento no se contrapone con la independencia en el contrato de agencia comercial, puesto que la independencia está relacionada con el desarrollo del objeto del contrato (la prestación), en cambio el obrar por cuenta de otro se refiere a la vinculación jurídica entre agente y agenciado.

A diferencia de los otros elementos anteriormente citados, la exigencia de actuar por cuenta de otro no aparece expresamente en la definición establecida en el artículo 1317 del Código de Comercio.

Alejándonos de las múltiples controversias que se han suscitado con relación a si este es o no un elemento de la esencia del contrato de agencia comercial, podemos aseverar que la actuación por cuenta de otro, como concepto jurídico involucrado en la noción misma de mandato, hace referencia a que los efectos de los actos y negocios realizados por el intermediario, sea o no representante, se trasladan a la órbita patrimonial del dueño del negocio, de manera que él es quien está llamado a asumir los riesgos y las ventajas de las operaciones efectuadas por aquel. Por ende, dentro del contexto de la agencia comercial se excluiría la posibilidad de

promoción o explotación de negocios por cuenta propia⁸.

Una de las razones por las cuales consideramos, en nuestra opinión, que el contrato de agencia comercial tiene como elemento esencial el obrar por cuenta de otro es el de ser una especie de mandato; tan es así que se encuentra tipificado en el Título XIII, Libro cuarto del Código de Comercio.

Como bien lo expresa el Dr. Bonivento, frente al contrato de agencia comercial se exige que el agente actúe por cuenta de otro y no en nombre de otro. Lo primero hace referencia a un fenómeno de intermediación; la segunda, hace referencia a un fenómeno específico de representación. Por lo tanto, en el contrato de agencia siempre se obrará por cuenta del agenciado o empresario, pero puede ser a nombre del agente (sin representación) o a nombre del empresario (con representación).

3. Contenido del contrato de agencia comercial

De conformidad con el artículo 1320 del Código de Comercio, el contrato de agencia comercial debe contener un mínimo de requisitos, fruto de la manifestación de la voluntad de las partes.

Esta disposición indica concretamente que el contrato debe establecer:

8. Ibidem. Página 4.

- A. Los poderes o facultades del agente
- B. El ramo sobre el que versan sus actividades
- C. Tiempo de duración
- D. Territorio en que se desarrolle la actividad.

Es de mencionar que este precepto establece el contenido mínimo; sin embargo, las partes pueden adicionar o complementar los asuntos que con carácter imperativo prevé la ley.

A. LOS PODERES O FACULTADES DEL AGENTE

El agente, como mandatario, debe cumplir con las prestaciones que se derivan del contrato dentro de los límites del encargo.

En este punto, es necesario diferenciar si el agente obra o no con representación del empresario. En caso de obrar con representación deberá indicarse el ámbito del poder de representación, sus facultades y prohibiciones. Si el agente, por el contrario, obra sin representación del agencia-do deberá indicarse en el contrato su marco general de acción dentro del cual podrá realizar todos los actos propios del encargo, salvo los que expresamente se prohíban⁹.

9. BONIVENTO JIMÉNEZ, José Armando. Contratos mercantiles de intermediación. Segunda edición. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional. Página 159.

Es de gran relevancia indicar con claridad los poderes o facultades del agente, pues de ello depende la calificación sobre el cumplimiento o incumplimiento en la ejecución del contrato.

B. EL RAMO SOBRE EL QUE VERSAN SUS ACTIVIDADES

Se trata de delimitar la clase de negocio al cual hace referencia el encargo, según la voluntad de las partes. Es decir, que haya conocimiento por las partes acerca de la actividad de agente¹⁰.

C. TIEMPO DE DURACIÓN

Al ser un requisito exigido por el artículo 1329 del Código de Comercio, podemos afirmar que el contrato de agencia comercial es un contrato para negocios sucesivos y no culmina con la celebración de un acto, como ocurre con el mandato. Es típico ejemplo de un contrato de ejecución sucesiva.

Consideramos que, frente a la duración del contrato, puede establecerse cualquier consagración convencional que determine su duración: plazo, condición, duración indefinida sometida a la posibilidad de una terminación unilateral, etc.

10. En palabras del Dr. Hernando Cardozo Luna, la ley quiere que el objeto del contrato aparezca definido, ya sea que el agente promueva campañas publicitarias, distribuya productos, acredite marcas, explote un negocio en una zona asignada.

D. TERRITORIO EN QUE SE DESARROLLE LA ACTIVIDAD

Implica la determinación de una zona prefijada por las partes en el territorio nacional, territorio en el cual el empresario deseará conquistar el mercado. Será en ese lugar geográfico, y solamente en ese, donde el agente deberá cumplir su encargo.

Debe tenerse en cuenta que la manifestación de voluntad sobre este aspecto incide en las consideraciones de los pactos de exclusividad propios de esta clase de contrato.

4. Aspectos especiales del contrato de agencia mercantil

a) Remuneración al agente

Una de las características propias del contrato de agencia comercial es su onerosidad y ello es lógico al pensar que es un contrato netamente comercial, en donde no se contempla con frecuencia la presencia de contratos gratuitos.

La remuneración es uno de los derechos a favor del agente comercial que se deriva del contrato; es decir, en el contrato deben establecerse derechos y obligaciones para las partes, y uno de esos derechos que se derivan para el agente es precisamente la retribución pactada.

Con relación a la forma de remuneración, la ley no indica expresamente

cómo debe pagarse. Por ende, ella puede consistir en una comisión equivalente a un porcentaje de los negocios que el agente realice o una suma fija y determinada.

Al tenor del artículo 1322 de Código de Comercio, hay un amparo frente al derecho de remuneración del agente, pues dicha disposición consagra que el agente gozará de remuneración:

- Aunque el negocio no se lleve a efectos por causas imputables al empresario.
- Aunque el empresario efectúe el negocio directamente y deba ejecutarse en el territorio asignado al agente.
- O cuando dicho empresario se ponga de acuerdo con la otra persona para no concluir el negocio.

Por ende, en las hipótesis anteriormente citadas, el agente siempre tendrá derecho a que la remuneración se acuse y se pague de acuerdo con lo estipulado en el contrato.

Es de anotar que "la remuneración a que tiene derecho el agente está protegida por la ley no solo por las acciones ordinarias sino a través de los derechos de retención y privilegio que le da sobre los bienes o valores de su agenciado, y que tenga en su poder o a su disposición hasta cuando se le cancele su crédito. Claro está

que dicha retención no podrá abarcar más allá del límite de la remuneración más la indemnización”¹¹.

b) Exclusividad

La exclusividad es un elemento natural del contrato de agencia comercial a favor del agente y no del empresario. De tal forma que, por estipulación expresa, las partes pueden acordar lo contrario¹².

Lo anterior implica que si en el contrato nada se estipula con relación a la exclusividad del agente, el empresario no puede valerse de otros agentes para conquistar el mercado. Es así como la cláusula de exclusividad a favor del agente se encuentra implícita en este contrato.

Por su parte, el agente sí podrá contratar y agenciar a otros empresarios diferentes en caso de no expresarse nada en el contrato. “Solo por la inclusión de una estipulación accidental podría restringirse al agente de esta posibilidad, es decir, pactar exclusiva en favor del empresario agenciado”¹³.

Concluimos en este punto que la exclusividad a favor del agente es un elemento de la naturaleza de la agencia comercial; mientras que la exclusividad a favor del empresario es un elemento accidental en dicho negocio jurídico.

La exclusividad a favor del agente implica un límite territorial y temporal: el primero hace referencia a la zona prefijada en el territorio nacional donde el agente realizará el cumplimiento de su encargo; el segundo se refiere a la determinación en el tiempo, no puede ser ilimitada.

c) Aplicación de la ley colombiana

El artículo 1328 del Código de Comercio dispone: “Para todos los efectos, los contratos de agencia comercial que se ejecuten en el territorio nacional quedan sujetos a las leyes colombianas. Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita”.

Podemos comentar la norma en los siguientes términos:

- La aplicación de la ley colombiana se realiza a aquellos contratos de agencia comercial que se ejecutan en Colombia, sin importar donde se hayan celebrado.
- La ley sanciona con ineficacia de pleno derecho todo pacto en contrario, sin necesidad de pronunciamiento judicial.

11. CARDOZO LUNA, Bernardo. La agencia comercial en el Derecho Mercantil colombiano. Pontificia Universidad Javeriana. Páginas 84 y 85.

12. Esta afirmación se vislumbra de los artículos 1318 y 1319 del Código de Comercio, los cuales indican: Artículo 1318: Salvo pacto en contrario, el empresario no podrá servirse de varios agentes en una misma zona y para el mismo ramo de actividades o productos. Artículo 1319: En el contrato de agencia comercial podrá pactarse la prohibición para el agente de promover o explotar, en la misma zona y en el mismo ramo, los negocios de dos o más empresarios competidores.

13. ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles - Contratos atípicos. Decimotercera edición. Bogotá: Legis, 2012. Página 250.

- Hace referencia a normas sustanciales como procesales, pues el texto no hace diferencia de ninguna clase.

d) La prestación comercial - Cesantía Comercial (Artículo 1324 inciso 1)

La prestación comercial consagrada en el artículo 1324 del Código de Comercio es uno de los aspectos que más han generado controversia en la doctrina comercial. Esta prestación consiste en un pago realizado al agente al momento de la terminación de contrato¹⁴. Al tenor del artículo citado, dicho pago implica una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido si el tiempo del contrato fuere menor.

Como se mencionó, este pago debe realizarse al momento de la terminación del contrato de agencia comercial y se produce por el solo hecho de la terminación sin importar si el contrato terminó con o sin justa causa¹⁵.

Uno de los puntos álgidos de discusión es el carácter de *renunciabilidad*

14. En palabras del Doctor Felipe Vallejo Díaz en su libro *El contrato de agencia comercial*, "(...) es una retribución suplementaria (diferida) establecida a cargo del empresario y en favor del agente comercial (...)".

15. LÓPEZ ÁLVAREZ, Adriana Lucía. *El contrato de agencia comercial y los cambios introducidos en la negociación del TLC entre los Estados Unidos y los países andinos*. Revista E – Mercatoría, volumen 10, número 1, enero – junio 2011.

por voluntad contractual de esta prestación. Los criterios oscilan en dos extremos: quienes afirman que son prestaciones renunciables y otros que señalan que de ninguna manera pueden ser renunciables.

En este punto, compartimos la posición del Dr. Arrubla Paucar, quien considera que se trata de una prestación por completo renunciable o modificable por las partes al momento de celebrar el contrato o después. Afirma el doctrinante que el fundamento jurídico para tal aseveración es el artículo 15 del Código Civil, en concordancia con el artículo 4 del Código de Comercio. Entonces, la prestación comercial nada tiene que ver con el orden público y por tanto, solo es del interés particular del renunciante.

e) La indemnización (Artículo 1324 inciso 2)

La llamada indemnización equitativa es otra de las prestaciones especiales que consagra el artículo 1324 del Código de Comercio en los siguientes términos:

Artículo 1324 inciso 2: "Además de la prestación indicada en el inciso anterior, cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una indemnización equitativa, fijada por peritos, como retribución a sus esfuerzos

para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. La misma regla se aplicará cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario.

Para la fijación del valor de la indemnización se tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato.

Si es el agente el que da lugar a la terminación unilateral del contrato por justa causa comprobada, no tendrá derecho a indemnización o pago alguno por este concepto”.

Disposición que se complementa con el artículo 1327 del Código de Comercio, así:

Artículo 1327: “Cuando el agente termine el contrato por causa justa provocada por el empresario, este deberá pagar a aquel la indemnización prevista en el artículo 1324”.

A diferencia de lo que ocurre con la prestación o cesantía comercial, en donde se consagra una obligación inherente a la terminación del contrato sin importar la causa de la terminación, la configuración de la indemnización se produce únicamente cuando el empresario revoca o termina unilateralmente el contrato sin justa causa comprobada.

Siguiendo los lineamientos del Dr. Arrubla Pucar, esta prestación es, a diferencia de la cesantía comercial, *irrenunciable*. Ello se debe a que regula un efecto propio de la responsabilidad contractual, cual es la indemnización de perjuicios que se causan por el incumplimiento del deber de buena fe que debe existir durante la ejecución del contrato. Esta indemnización se genera cuando la terminación unilateral del contrato no se produce por una causa justa por parte del empresario.

“Admitir una renuncia en este sentido equivaldría a la condonación del dolo futuro, lo cual está específicamente sancionado por el artículo 1522 del Código Civil, en su colon final, cuando señala que: La condonación del dolo futuro no vale”¹⁶.

f) Contrato de agencia y registro mercantil - Formalidades del contrato

El artículo 1320 del Código de Comercio dispone:

“El contrato de agencia contendrá la especificación de los poderes o facultades del agente, el ramo sobre que versen sus actividades, el tiempo de duración de las mismas y el territorio en que se desarrollen, y **será inscrito en el registro**

16. ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles - Contratos atípicos. Decimotercera edición. Bogotá: Legis, 2012. Páginas 241 y 242.

tro mercantil. No será oponible a terceros de buena fe exenta de culpa la falta de algunos de estos requisitos” (**Negrilla y subrayado fuera del texto**).

Compartiendo la posición del Dr. Arrubla Paucar, esta disposición amerita varios comentarios. En su libro *Contratos mercantiles - Contratos atípicos*, expone la siguiente síntesis sobre el tema:

“En primer lugar, no puede perderse la perspectiva de que el contrato de agencia en Colombia es consensual; la solemnidad sería convencional si las partes así lo deciden. El negocio consensual no se registra por razones obvias y si así ocurre, no se deriva ninguna consecuencia que afecte la validez del contrato de agencia comercial.

Lo propio ocurriría si las partes deciden celebrar el contrato por escrito y no lo llevan a registro. Las consecuencias serían solo de oponibilidad a terceros sobre temas que pueden haber acordado en el contrato como, por ejemplo, la limitación de las facultades para el agente. Si no se registra el contrato, tales limitaciones serán inoponibles a terceros; pero el contrato será válido, es decir, no se afecta su validez por ocasión de no estar en el registro mercantil”¹⁷.

17. ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Contratos mercantiles - Contratos atípicos*. Decimotercera edición. Bogotá: Legis, 2012. Página 251.

Así las cosas, podemos afirmar que la solemnidad del escrito no es una formalidad que deba cumplirse para que exista contrato (no es una solemnidad sustancial); tan es así que el artículo 1331 consagra la agencia de hecho como figura válida, existente y eficaz.

Por ende, concluimos que el contrato de agencia comercial es un contrato consensual y que el hecho de reducirlo a un documento escrito cumple más una finalidad probatoria y hacer posible la formalidad de registro¹⁸. Registro que únicamente tiene efectos de oponibilidad frente al contrato.

g) La agencia comercial de hecho

La agencia de hecho, consagrada en el artículo 1331 del Código de Comercio, se configura cuando un comerciante emprende de forma autónoma actividades de promoción, acreditación, explotación o distribución de un producto o servicio sin que haya mediado previamente el acuerdo de un encargo específico en aras de lograr la conquista del mercado.

Entonces, es claro que en la agencia de hecho se excluye el elemento del encargo, debido a que no existe un acuerdo de voluntades, contractualmente hablando, encaminado a un fin determinado.

18. BOTERO BORDA, Carlos; LLORENTE CARREÑO, Margarita. De la confusión entre la agencia y la distribución. *Revista Universitas* nro. 93. Bogotá, diciembre 1997. Página 205.

Siendo así las cosas, esta connotación establecida en la legislación comercial hace ver al contrato de agencia como un *contrato-realidad*, en la medida en que, al cumplirse los elementos estructurales de la agencia, se imponen todos los efectos jurídicos previstos para ese contrato, sin necesidad de que haya acuerdo de voluntades o incluso si se ha denominado de una forma diferente.

Ahora, el artículo 1331 del Código de Comercio, indica que a la agencia de hecho le son aplicables las normas de la agencia comercial regidas por el capítulo V. Pero, ¿realmente son todas o solo algunas normas las que pueden predicarse en la agencia de hecho?

Consideramos que lo relativo a las prestaciones especiales del artículo 1324 del Código de Comercio, la exclusividad de la aplicación de la ley colombiana del artículo 1328 y el derecho de retención y privilegio indicados en el artículo 1326 de la citada normativa, son aquellas disposiciones que denotan relevancia en la agencia comercial de hecho y poseen plena configuración y aplicabilidad.

III. DIFERENCIAS RELEVANTES CON OTROS CONTRATOS MERCANTILES

Hemos realizado el estudio de los rasgos característicos que identifican a la agencia comercial, permitiendo

individualizarlo de tal forma que toda relación fáctica que se adecúe a sus atributos pueda ser regulada plenamente por las normas que para ella están contenidas en el ordenamiento jurídico.

Conviene ahora comparar el contrato de agencia comercial con otras figuras que, al tener caracteres similares en la realidad fáctica, pueden no alinearse en agencia.

Cuando los empresarios buscan mejorar sus rendimientos y esfuerzos, optimizando los recursos que tienen a su alcance, pueden acudir a las diferentes figuras jurídicas que la legislación ofrece. Al verse ante varias hipótesis, será necesario tener claridad de los efectos que cada una de estas figuras contiene.

Es por ello la necesidad de enmarcar las principales diferencias de los diversos contratos con relación a la agencia comercial.

1. Contrato de trabajo

Como se ha expuesto en líneas anteriores, una de las principales diferencias entre el contrato de agencia comercial y el contrato de trabajo es el elemento de *la independencia*, propio de la actividad del agente. Es por ello que se excluye cualquier posibilidad de concurrencia entre estos dos contratos, más cuando este último se caracteriza por la continuidad,

dependencia o subordinación del trabajador frente al empleador.

Otro de los aspectos en los cuales difiere estos dos contratos es *la remuneración* del agente y del trabajador. La del primero no tiene un contenido social al paso que la del segundo sí. Ello da lugar a que las prestaciones que se derivan del contrato de agencia comercial son eminentemente renunciables, mientras que en el Derecho Comercial la renuncia es excepcional¹⁹.

Tampoco se contempla en el Derecho Laboral la facultad de *retención* para el trabajador, mientras que al agente sí se expresa este derecho.

2. Contrato de comisión

En el contrato de comisión²⁰, el encargo otorgado a una persona se limita a la ejecución de uno o más actos; mientras que para el agente el encargo abarca la promoción de negocios sucesivos hasta obtener una adecuada explotación del fin propuesto.

En la agencia comercial, la intermediación no es para uno o varios actos sino que se va formando una cadena a través de la cual se pretende vincu-

lar una clientela, acreditar una marca, ampliar y mantener constante un mercado; al paso que en la comisión, finalizado el encargo se termina la relación jurídica²¹.

También difieren la agencia comercial de la comisión en cuanto a la forma sobre cómo se ejecuta el contrato: en la primera el agente puede actuar con o sin representación del empresario; mientras que para el comisionista la ejecución de uno o varios actos especialmente determinados se realiza a nombre propio.

3. Contrato de proposición

La agencia también dista del contrato de proposición en la medida en que para este último el encargo se limita a la administración de un establecimiento de comercio o de una parte de este. En cambio en la agencia, el agente puede tener su propio establecimiento para el desarrollo del encargo.

4. Contrato de distribución

El contrato de distribución es aquel contrato mediante el cual una parte denominada distribuidor compra para revender.

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido, en varias oportunidades, que

19. CARDOZO LUNA, Hernando. La agencia comercial en el Derecho Mercantil colombiano. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1973. Página 24.

20. Definido en el artículo 1287 del Código de Comercio así: "La comisión es una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio, pero por cuenta ajena".

21. CARDOZO LUNA, Hernando. La agencia comercial en el Derecho Mercantil colombiano. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1973. Página 28.

esta figura es una actividad mercantil que corre por cuenta y utilidad propia del distribuidor y nunca constituye una agencia comercial. "La actividad de compra hecha por un comerciante a un empresario que suministra sus productos, con el fin de que el primero se dedique a distribuirlos y revenderlos, a pesar de ser una actividad reiterada, continua y permanente (eventos que son similares en la agencia), y en la que usualmente se incurra en gastos de publicidad y consecución de clientes, no constituye un contrato de agencia comercial. Se trata entonces, según la Corte, de un suministro para la venta de un producto al por mayor de un empresario a un comerciante. Este último revende los productos suministrados, no por cuenta ajena sino por cuenta propia"²².

En el contrato de distribución, el distribuidor adquiere los productos que colocará en venta y estos van a su cuenta; es decir, actúa en nombre propio (propia cuenta y riesgo). En el contrato de agencia comercial siempre se obra en interés ajeno. Por ende, nos acogemos a la tesis doctrinal que afirma la imposibilidad de que coexistan estos dos contratos de manera simultánea, debido a que ello implicaría afirmar que el actuar por cuenta de otro no es un elemento esencial en el contrato de agencia comercial.

22. BOTERO BORDA, Carlos; LLORENTE CARREÑO, Margarita. De la confusión entre la agencia y la distribución. Revista Universitas nro. 93. Diciembre 1997. Página 209.

5. La franquicia y la concesión

En el ordenamiento mercantil no hay precisión normativa referente a los contratos de concesión y franquicia.

Para entender las diferencias que estos mecanismos presentan frente a la agencia, procedamos a definirlos:

El contrato de concesión es aquel mediante el cual un comerciante independiente adquiere productos fabricados por otro para revenderlos en una zona geográfica determinada, generalmente con el aditamento de que el concesionario adquiere una obligación especial de garantía y servicio de posventa al cliente. La autonomía del distribuidor es limitada en la medida en que la coordinación y diseño son determinadas por el concedente²³.

Por su parte, en el contrato de franquicia, modalidad de especial utilización frente a productos de reconocida marca, su titular concede una licencia para que otro fabrique y venda bienes conforme a rígidas directrices, reconocimientos y controles impuestos por el titular, donde se transfiere al distribuidor el método y forma de administrar y explotar el negocio²⁴.

De las definiciones expuestas, podemos concluir que sí existe una dife-

23. BONIVENTO JIMÉNEZ, José Armando. Contratos mercantiles de intermediación. Segunda edición. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional. Página 203.

24. Ibidem. Página 204.

rencia tangencial entre estos contratos atípicos y la agencia comercial, y es lo referente a la asunción de los riesgos del negocio: en la agencia comercial se actúa por cuenta del empresario, es este quien soporta tales riesgos; mientras que en la franquicia y concesión, el producto traslada esas contingencias al distribuidor quien explota el negocio por su cuenta y riesgo, y a nombre propio.

Como hemos reseñado en varias oportunidades, siendo el “actuar por cuenta ajena” un elemento esencial en el contrato de agencia comercial, basta con decir que estas figuras no pueden ser concurrentes frente a un mismo supuesto fáctico.

IV. CONCLUSIÓN

En una economía de mercado, el contrato de agencia comercial, como figura típica de la legislación, es un instrumento clave y eficaz para garantizar a los empresarios la amplitud de sus negocios, bien sea distribuyendo, promocionando o explotando un producto determinado en una zona prefijada.

Es por ello la necesidad de conocer adecuadamente sus características

y observar si la realidad fáctica a la que se enfrenta el empresario y su propósito empresarial se adecúa a las connotaciones propias de la agencia, teniendo en cuenta que el ordenamiento ofrece una serie de posibilidades al alcance del comerciante.

Nuestra mayor preocupación, insistimos, es la de determinar y conocer las connotaciones propias de agencia con el objeto de que toda relación contractual que quede cobijada por ella, sea destinataria de los efectos que la ley quiso imprimirle, sin importar la denominación que las partes le han dado; teniendo en cuenta que toda modalidad convencional que no participe de sus semejanzas, escapa de su regulación.

Igualmente, nos parece importante hacer un llamado al legislador frente a los puntos que a lo largo de tiempo han generado discrepancias en el contrato de agencia comercial, debido a que la doctrina y la jurisprudencia han realizado múltiples pronunciamientos contradictorios que no hacen más que generar inseguridad jurídica, complicando así al empresario al momento de decidir sobre la aplicación de este instrumento.

“Las opiniones y valoraciones expresadas por los autores en sus artículos son de su responsabilidad exclusiva y no comprometen la posición o el criterio oficial de la Cámara de Comercio de Bogotá”.

LA LEY 1727 DE 2014: UNA EVOLUCIÓN NORMATIVA NOVEDOSA QUE FORTALECE LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS CÁMARAS DE COMERCIO

Gustavo Andrés Piedrahita Forero¹

RESUMEN

El presente artículo abordará la reforma normativa generada a partir de la expedición de la Ley 1727 de 2014 “por medio de la cual se reforma el Código de Comercio, se fijan normas para el fortalecimiento de la gobernabilidad y el funcionamiento de las cámaras de comercio y se dictan otras disposiciones”, realizada por el Gobierno Nacional en el mes de julio del año 2014, en tanto que esta impacta no solo a las cámaras de comercio en la medida que le son fijadas nuevas normas para su administración, sino también como quiera que trae consecuencias para los comerciantes por su inobservancia.

Teniendo en cuenta el destacado rol que cumplen las cámaras de comercio para el desarrollo y promoción del comercio y los comerciantes, era necesario contar con una evolución normativa que fortaleciera la gobernabilidad de los entes camerales, permitiéndose contar con órganos de dirección más fuertes y con facultades expresas para permitir que solo puedan elegir y ser elegidos en sus juntas directivas quienes cumplan con las condiciones idóneas para ello.

En ese sentido, la reingeniería en sus órganos de administración debía partir, tal como se hizo, desde la simple determinación de los requisitos mínimos para pertenecer a la junta directiva de una Cámara de Comercio.

Este escrito intentará plantear inicialmente una explicación sobre los cambios normativos más relevantes que trajo consigo la ley, para luego plantear una postura sobre la misma, valorando los efectos y consecuencias que trae su aplicación.

I. LA LEY 1727 DE 2014 FIJA NUEVAS REGLAS DE JUEGO PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LAS CÁMARAS DE COMERCIO Y SUS COMERCIANTES

Las principales reformas introducidas por la Ley 1727 de 2014 modificaron sendos artículos del Código de Comercio². Además, a través de su Decreto Reglamentario³ se derogaron

1. Abogado. Director de Asesoría Jurídica de la Vicepresidencia Jurídica de la Cámara de Comercio de Bogotá.
2. Por medio de la Ley 1727 de 2014, se modificaron, entre otros, los artículos 79, 80, 82 y 92 del Código de Comercio.
3. El 15 de octubre de 2014, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2042 de 2014 por medio del cual se reglamentó la Ley 1727 de 2014, el Título VI del Libro Primero del Código de Comercio y se dictan otras disposiciones.

varias normas⁴ que regulaban distintos aspectos propios de la gobernabilidad de las cámaras de comercio, compilándolo todo en un único paquete normativo.

El primer cambio sustancial deviene de la modificación del artículo 82 del Código de Comercio que determinaba el periodo institucional de un miembro de junta directiva, ampliando el término de permanencia, con lo cual se pasó de dos (2) a cuatro (4) años, con la posibilidad de reelección inmediata por una sola vez, garantizando así la estabilidad y continuidad en los programas, más aún cuando se entiende que este órgano de dirección es el encargado al interior del ente cameral de la *“planeación, adopción de políticas, el control y la evaluación de la gestión”*⁵, pero evitando la perpetuidad en los cargos.

Aunado a lo anterior, otro sensible cambio se fundamenta en la modificación del artículo 79 del Código de Comercio que determinaba en cabeza de quien recaía la administración y dirección de las cámaras de comercio, como quiera que a par-

tir de la expedición de la analizada ley, esta facultad recae igualmente en los comerciantes inscritos en el registro mercantil, pero con la diferencia de que además de que deben tener la calidad de afiliados, esta la deben haber conservado de manera ininterrumpida por un término de dos años previos al treinta y uno de marzo del año correspondiente a la elección.

Es por esto que para estar dentro del censo electoral de una cámara de comercio, es decir para tener la posibilidad de elegir o de ser elegido, se deben cumplir con una serie de requisitos mínimos que garanticen la idoneidad del comerciante.

Otrora, para ser afiliado a una cámara de comercio bastaba con cumplir con dos requisitos principalmente: i) Cumplir y haber cumplido con los deberes del comerciante y ii) Allegar una certificación que demostrara el apoyo de un banco local o de tres comerciantes inscritos.

En la actualidad, y gracias a la expedición de esta ley, para ser afiliado se deberá tener un mínimo de dos años de matriculado de manera consecutiva en cualquier cámara de comercio del país, ejerciendo la actividad mercantil durante ese tiempo y cumpliendo de manera permanente con las obligaciones que como comerciante le competen, incluida la establecida en el artículo 33 del Código de

4. En su artículo 54, “Vigencia y derogatorias”, este Decreto deroga los decretos 726 de 2000, 898 de 2002, 333 de 2012, 1202 de 2012, 134 de 2014 y demás disposiciones que le sean contrarias.

5. El artículo séptimo de la Ley 1727 de 2014 señala que las juntas directivas de las cámaras de comercio tendrán como deberes especiales aquellos relacionados con la planeación, adopción de políticas, el control y la evaluación de gestión de la respectiva cámara de comercio. Se abstendrá de coadministrar o intervenir en la gestión y en los asuntos particulares de su ordinaria administración, por fuera de sus competencias legales y estatutarias.

Comercio referente a la renovación oportuna de la matrícula mercantil⁶.

Esta última, fortalecida aún más con la obligación que se les impuso a las cámaras de comercio de reportar a la Superintendencia de Industria y Comercio los comerciantes que no acometieron de manera oportuna su renovación, para que este órgano de control imponga las sanciones previamente establecidas en el artículo 37 del Código de Comercio.

Así mismo, debe acreditarse, por parte del comerciante, el no estar inmerso en circunstancias que impidan su afiliación tales como sanciones en procesos de responsabilidad fiscal, responsabilidad disciplinaria, responsabilidad penal por delitos dolosos, suspensión de actividad profesional o vinculación a listas inhibitorias por lavado de activos o financiación del terrorismo.

Es evidente entonces que esta inclusión normativa lo que busca es reforzar la idoneidad no solo de aquellos que pretendan dirigir la marcha de los entes camerales, sino también de quienes con su voto los eligen.

6. CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 33: Renovación de la matrícula mercantil – término para solicitarla. La matrícula se renovará anualmente, dentro de los tres primeros meses de cada año. El inscrito informará a la correspondiente cámara de comercio la pérdida de su calidad de comerciante, lo mismo que cualquier cambio de domicilio y demás mutaciones referentes a su actividad comercial, a fin de que se tome nota de ello en el registro correspondiente. Lo mismo se hará respecto de sucursales, establecimientos de comercio y demás actos y documentos sujetos a registro.

Es preciso además referirse a otro aspecto fundamental que cubre un vacío normativo inexistente hasta la expedición de esta ley y es el que tiene que ver con la regulación que se hiciera con respecto a las vacancias automáticas de los miembros de junta directiva.

Así, la Ley 1727 de 2014 introdujo de manera novedosa una sanción a aquellos directores que en el periodo de un año no asistan a cinco sesiones de junta directiva ordinaria, sin importar si la ausencia se da con o sin justa causa, o que en la falta, para los casos de las reuniones ordinarias, acuda el suplente del principal.

Esta acertada inclusión genera una activa y constante participación de los miembros de las juntas directivas en la toma de decisiones y en la planificación de los planes estratégicos de las cámaras de comercio, además porque su elección, al haber sido fruto de una votación por parte de los mismos afiliados, requiere del compromiso que el legislador pretendió motivar con este artículo.

II. EL COMITÉ DE AFILIACIÓN: ÚNICO ÓRGANO ENCARGADO DE LAS DETERMINACIONES QUE SE TOMEN EN CUANTO A LA AFILIACIÓN Y DESAFILIACIÓN DE LOS COMERCIANTES

Trae consigo la ley, una nueva herramienta que asegura el cumplimiento

de los requisitos para adquirir la calidad de afiliado en una cámara de comercio, más aún cuando serán estos quienes elijan o sean elegidos como directores de la entidad.

El Comité de Afiliación es concebido como un órgano de dirección creado a instancias de la Ley 1727 de 2014, el cual tiene establecidas, en su artículo 18 de manera taxativa y literal, sus funciones.

Le ha dado la ley tal importancia a este órgano que ha determinado que su conformación debe partir desde el presidente ejecutivo del ente cameral, incluyendo como mínimo dos funcionarios del nivel directivo⁷.

Así mismo, le ha dado una serie de funciones y obligaciones, convirtiéndolo en el filtro por el cual deben pasar todas y cada una de las solicitudes de afiliación con el ánimo de asegurar que solo aquellos que en realidad cumplan estrictamente con las condiciones y calidades requeridas podrán ser parte de él.

Pero este comité no solo tiene la función de decidir sobre las solicitudes de afiliación que se presenten, también debe conocer de los casos en los que se debe proceder a la desafiliación de

algún comerciante que se haya puesto en dicha condición, para lo cual debe surtir un procedimiento reglado por la misma ley, en el cual al comerciante, en virtud del debido proceso, se le concede tanto el recurso de revisión ante el mismo comité, como el recurso de impugnación ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

En ese mismo sentido, se le ha concedido al Comité de Afiliación la facultad de determinar el censo electoral y disponer su actualización y depuración cuando a ello hubiere lugar, facultad que se convierte en esencial como quiera que es de ese censo electoral de donde se elegirá, en última instancia, los miembros de la junta directiva.

Finalmente, debe el Comité de Afiliación cumplir y ejecutar las instrucciones, órdenes o decisiones que le instruya la Superintendencia de Industria y Comercio como ente de vigilancia y control de las cámaras de comercio.

Es entonces este Comité de Afiliación un instrumento fundamental que ha traído la Ley 1727 de 2014, con el objetivo claro y específico de asegurar que se cumplan los mandatos legales en cuanto a requisitos y condiciones que deben cumplir quienes pretenden ser afiliados a una cámara de comercio, así como de quienes quieren elegir y aspirar a regir los destinos de la cámara de comercio para los próximos años.

7. La Cámara de Comercio de Bogotá, por su parte, determinó mediante acta de constitución de fecha 30 de julio de 2014 que su Comité de Afiliación estará integrado por: el presidente ejecutivo, el vicepresidente ejecutivo, el vicepresidente jurídico, el vicepresidente de servicios registrales, el gerente de relacionamiento con el cliente y el director de relaciones institucionales.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Debido a la importancia que tienen las cámaras de comercio para el desarrollo y promoción del comercio en el país, y dada la cantidad de “preocupantes casos de manipulación de la masa electoral y de inscripción de comerciantes que en realidad no tienen tal calidad y que ingresan oportunísticamente en el registro mercantil con la única finalidad de inclinar la balanza a favor de uno u otro candidato⁸” era necesaria una reforma normativa que incluyera nuevos requisitos para aquellas personas que quisieran pertenecer a las juntas directivas de los entes camerales.

Un cambio como este es evidente que generaría un impacto sensible en los comerciantes, quienes en un número aproximado a doce mil han recibido, por parte del Comité de Afiliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, las comunicaciones de desafiliación por no cumplir con las obligaciones que para todos los afiliados esta trajo consigo.

Valga decir que contra esta decisión de desafiliación en un alto número se

han presentado los respectivos recursos los cuales se fundamentan principalmente en la imposibilidad que tendría la Cámara de Comercio de Bogotá de aplicar retroactivamente la ley, desconociendo quienes recurren que esta norma no impone nuevas obligaciones a los afiliados sino nuevos requisitos a quienes quieran optar por tal calidad.

En ese sentido, las obligaciones del comerciante determinadas en el artículo 92 del Código de Comercio colombiano, así como la obligación de pagar la matrícula mercantil dentro de los tres primeros meses del año referenciada en el artículo 33 del mismo compendio normativo, han permanecido incólumes y por tanto no es un capricho de los entes camerales exigir su cumplimiento, sino una obligación.

Así, esta ley que empezó a regir desde el mes de julio del año 2014 si bien puede ser objeto de reparos o cuestionamientos por parte de algunos comerciantes, su expedición podría considerarse de alguna manera, necesaria.

“Las opiniones y valoraciones expresadas por los autores en sus artículos son de su responsabilidad exclusiva y no comprometen la posición o el criterio oficial de la Cámara de Comercio de Bogotá”.

8. Texto extraído de la exposición de motivos de la Ley 1727 de 2014, presentada por el Dr. Sergio Díaz Granados. Ministro de Comercio Industria y Turismo (2010-2013).

FUSIÓN EN ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO DEL SECTOR RÉGIMEN COMÚN - CONTROL FORMAL DE LAS CÁMARAS DE COMERCIO

Juliette Vivian Flórez Capera¹
Juan Carlos Cruz Calderón²

Las entidades sin ánimo de lucro, como todo ente provisto de personería jurídica propia distinta a la de sus integrantes, gozan de los atributos derivados de la misma, tales como la capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones, y el derecho a tener un patrimonio, entre otros; sin embargo, legalmente están sometidas a un régimen jurídico diferente e independiente de aquel que gobierna a las sociedades comerciales, ya que responden a una naturaleza distinta, que se diferencia principalmente en su finalidad, en la cual no existe la intención de repartir las utilidades que se devenguen a partir del desarrollo de su objeto, toda vez que obedecen a un propósito altruista, de beneficio social para la comunidad general o para un sector específico, por lo que las utilidades eventualmente obtenidas se reinvertirán para el cumplimiento de su objeto.

Gracias a la amplia gama de posibilidades jurídicas dispuestas en nuestro ordenamiento jurídico para constituir una entidad sin ánimo de lucro se

puede escoger una de las múltiples clases existentes, dependiendo de la finalidad que se pretenda perseguir, como son, entre otras, las fundaciones, las asociaciones, las corporaciones y las entidades del sector solidario.

Dentro del Régimen Común se entienden incluidas aquellas entidades sin ánimo de lucro contempladas en el Código Civil (artículos 633 a 652) y desarrolladas primordialmente por los decretos 2150 de 1995 y 0427 de 1996, las cuales se han tipificado de forma enunciativa por el legislador como asociaciones, corporaciones, fundaciones e instituciones de utilidad común, sin que pueda entenderse como un listado taxativo.

En virtud de lo dispuesto en la Ley 454 de 1998, artículo 6, parágrafo 2, al sector solidario lo integran las cooperativas, los organismos de segundo y tercer grado que agrupen cooperativas u otras formas asociativas y solidarias de propiedad, las instituciones auxiliares de la economía solidaria, las empresas comunitarias, las empresas solidarias de salud, las pre-cooperativas, los fondos de empleados, las asociaciones mutualistas, las

1. Abogada Dirección de Registro Mercantil y ESAL.

2. Abogado Coordinador Registro ESAL.

empresas de servicios en las formas de administraciones públicas cooperativas, las empresas asociativas de trabajo y todas aquellas formas asociativas solidarias que cumplan con las características mencionadas en el capítulo segundo de la norma en comento.

Teniendo en cuenta que el presente escrito pretende analizar el alcance del estudio y control que deberán realizar las cámaras de comercio al documento de fusión entre las entidades sin ánimo de lucro que se pretendan registrar, con base en su marco normativo y régimen jurídico propio, no nos referiremos a las entidades sin ánimo de lucro del sector solidario, como quiera que las mismas tienen norma especial en materia de fusiones y en todo caso, frente a algún vacío legal o estatutario operará la remisión legal a las normas de carácter comercial ordenada por el artículo 158 de la Ley 79 de 1988, para el sector cooperativo en general, y por el artículo 38 del Decreto 1481 de 1989, para los fondos de empleados.

Para este artículo, partimos de entender a la fusión como aquella reforma estatutaria especialísima en virtud de la cual dos o más personas jurídicas se integran patrimonialmente a través de la disolución sin liquidación, de una de ellas, varias o todas, para así ser absorbida o absorbidas por otra que no se disuelve, o crear una nueva.

Bajo esta concepción consideramos que, aun cuando el fenómeno de la fusión se encuentre definido y regulado en el artículo 172 del Código de Comercio y en los artículos 100 y 101 de la Ley 79 de 1988, y en el artículo 51 del Decreto 1480 de 1989, normas mercantiles y solidarias, no es dable concluir que se trata de una operación que únicamente se predique para las personas jurídicas de naturaleza comercial y del sector solidario, ya que no existe impedimento legal que no permita aplicarlas a las fundaciones, asociaciones o corporaciones y demás entidades sin ánimo de lucro del sector común.

Más allá de que las normas hagan referencia explícita a las sociedades y cooperativas, no debe desconocerse que la fusión es una operación legalmente posible para las personas jurídicas de toda índole que puede ser utilizada como instrumento para propender por mejorar la eficiencia en el desarrollo del objeto, de reorganización, de consolidación, redimensionamiento y, en general, procurar a través de esta figura cualquier finalidad lícita viable.

Para tener una mejor comprensión sobre el tema, a continuación relacionaremos tres puntos de vista, en primer lugar el concepto de la Superintendencia de Sociedades, seguido por el concepto de la Alcaldía Mayor de Bogotá D. C. y por último el control formal que deben aplicar las cámaras de comercio:

1. Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-92063.

La Superintendencia de Sociedades³ se refiere a la fusión como “proceso al que, sin lugar a dudas, pueden acceder en el marco legal que les gobierna todas las personas jurídicas sin atender a diferencias relacionadas con su forma de constitución, objeto al que se dedican, ente que las vigila o similares, y con las únicas restricciones que la ley imponga”.

Con base en esta concepción, se nos permite concluir que las entidades sin ánimo de lucro pertenecientes al sector común pueden ser objeto de fusión entre sí, máxime cuando no existe ninguna disposición normativa que la prohíba o la restrinja.

Cuando una entidad sin ánimo de lucro opta por realizar una fusión, no está haciendo otra cosa más que ejercer su derecho de reformar sus propios estatutos, ya sea para disolverse anticipadamente y adherirse patrimonial y jurídicamente a otra cuando lo hace bajo la calidad de absorbida, o para aceptar la vinculación patrimonial de otra entidad, en caso de ser absorbente.

Como es lógico, al tratarse de una reforma a los estatutos, la fusión para ser válida y por consiguiente producir plenos efectos jurídicos, debe ser

aprobada con el lleno de requisitos legales y estatutarios que para el específico evento apliquen, incluyendo, de ser el caso, el procedimiento administrativo ante la entidad que ejerza inspección y vigilancia para obtener su autorización.

2. Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. Concepto del 26 de marzo de 2015 - Radicación nro. 3-2015-3723.

La Alcaldía Mayor de Bogotá, sobre el problema jurídico de la posibilidad de realizar un proceso de fusión entre fundaciones, indica que es importante tener en cuenta que las fundaciones, de conformidad con el art. 650 del Código Civil, pueden modificar partes estatutarias siempre y cuando no involucren su esencia, la cual se encuentra plasmada en su objeto social.

Concluye que no existe norma que prohíba a las fundaciones la posibilidad de fusionarse con otras fundaciones. Esta acción se configura como el ejercicio de la autonomía de la voluntad de la persona jurídica para celebrar negocios como el que de aquí se debate. Además, examina el artículo 51 del Decreto 1480 de 1989 que se refiere a la fusión para las asociaciones mutuales y considera que por analogía puede entenderse que una persona jurídica sin ánimo de lucro con características similares como son las fundaciones, puede también fusionarse con otra.

3. <http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/ormatividad/conceptos/conceptos-juridicos/Normatividad%20Conceptos%20Juridicos/3584.pdf>

Finalmente, confirma su posición indicando que la administración pública vía interpretación no puede crear una prohibición que no está expresamente consagrada en la ley.

3. Control formal de las cámaras de comercio

Como primera medida, debemos recordar que la función registral de los entes camerales es de carácter reglado y, respecto a los actos que han de inscribirse para personas jurídicas sin ánimo de lucro del sector común, encontramos su reglamentación principalmente en el Decreto Ley 2150 de 1995, Decreto 427 de 1996 y en la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, título VIII.

De conformidad con el artículo 42 del Decreto 2150 de 1995, cualquier reforma a los estatutos de una persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro será un acto sujeto a registro en los mismos términos, derechos y condiciones previstos para el registro de actos de las sociedades comerciales, en consecuencia, deberá inscribirse en la cámara de comercio con jurisdicción en el domicilio principal de aquella. Por consiguiente, al estar inmersa la fusión dentro del concepto global de reforma estatutaria, deberá inscribirse en el correspondiente registro y solo a partir de ese momento producirá efectos respecto de terceros, predicándose oponible⁴.

Para proceder a dicha inscripción, las cámaras de comercio deberán dar cumplimiento a lo prescrito en el Título VIII de la Circular Única de la SIC, específicamente en el numeral 1.3.6 “Del control de legalidad en la inscripción de reformas estatutarias [de las entidades sin ánimo de lucro a las que hace referencia el artículo 40 del Decreto 2150 de 1995, teniendo en cuenta las exclusiones previstas en la ley]”.

En ese sentido, deberán presentarse las correspondientes actas o documentos privados provenientes de cada una de las entidades sin ánimo de lucro involucradas donde conste la aprobación de la fusión. Como quiera que legalmente no es exigido que la reforma de las entidades sin ánimo de lucro deba elevarse a escritura pública, será suficiente si esta se encuentra contenida en documento privado o acta.

El control sobre el acta presentada se enfocará primero sobre las exigencias generales y básicas de todas las actas, tales como identificar claramente la entidad cuyo órgano se reúne para aprobar la reforma, indicar de forma inequívoca el órgano que se reúne y aprueba la reforma, enunciar la fecha de la reunión, y que conste en el acta la firma del presidente y secretario designados en la reunión.

Posteriormente, se centrará el estudio sobre la competencia del órgano que se reúne para aprobar la reforma

4. Artículo 29 numeral 4 y artículo 158 Código de Comercio.

estatutaria; la correcta realización de la convocatoria para la reunión, en cuanto al órgano convocante, medio utilizado y antelación; quórum deliberatorio; y mayorías decisorias para aprobar la reforma.

El control sobre tales aspectos deberá realizarse frente a los estatutos, toda vez que dentro del régimen legal de las entidades sin ánimo de lucro que pertenecen al régimen común no existe en principio norma que supla los vacíos que a este respecto puedan presentarse, de lo que resulta que la importancia y prevalencia de los estatutos sea innegable.

No obstante, la Circular Única de la SIC en el citado numeral trae lo que podría considerarse la única norma supletoria en la materia, refiriéndose solo a dos de los mencionados requisitos a saber: el quórum deliberatorio y las mayorías decisorias, y exclusivamente para el caso de las corporaciones y asociaciones.

El inciso 1.3.6.1 le ordena a las cámaras de comercio abstenerse de inscribir las reformas estatutarias de las corporaciones y asociaciones, en relación con el quórum deliberatorio, cuando no se hallen presentes o representados en la reunión la mayoría de los miembros de la entidad que tengan voto; y respecto a las mayorías decisorias, cuando la decisión no haya sido aprobada por la mayoría de los votos de los miembros presentes o representados.

Al indicar la misma norma “salvo que tales estatutos hubieren previsto quórum o mayorías diferentes, en cuyo caso deberán estarse a lo dispuesto en los estatutos”, no queda duda alguna del carácter supletivo de la disposición y que, por ende, en la medida que en los estatutos exista previsión específica, esta deberá atenderse.

Ahora bien, si se pensara en acudir al régimen comercial para acoger de este el procedimiento y demás requisitos contemplados para aprobar la fusión, tales como la celebración de un compromiso de fusión con un contenido específico y la comunicación de dicho compromiso al público por medio de aviso bajo unas condiciones especiales, por ejemplo, con fundamento en el numeral 1.3.6.2 debe descartarse esa opción.

Dice la norma que “cuando los estatutos de la entidad sin ánimo de lucro no contemplen previsión alguna para la adopción de reformas estatutarias, no será procedente acudir a lo previsto en el Código de Comercio en relación con las sociedades comerciales, ya que no existe norma aplicable a las entidades sin ánimo de lucro de que trata esta circular, que remita a dicha preceptiva ni permita su integración normativa⁵”.

De esta manera, las cámaras de comercio, en ejercicio de esa facultad legal reglada, deben limitar su exa-

5. Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, Título VIII, Numeral 1.3.6.2.

men para el registro de la fusión al cumplimiento de los estatutos en los aspectos arriba descritos, sin que les sea permitido exigir el cumplimiento de requisitos adicionales, independientemente de que existan trámites administrativos o autorizaciones especiales que le impriman validez a la operación, ya que las mismas escapan al control de las cámaras de comercio por cuanto no fueron enlistados legalmente como asuntos cuya exigencia sea su competencia.

En esa línea se pronuncia el inciso final del numeral 1.3.6.2 de la referida disposición, al señalar que “ante la ausencia de previsión estatutaria, las cámaras no tendrán que verificar el cumplimiento de requisito alguno para la adopción de tales reformas, a excepción de lo previsto en el numeral anterior sobre quórum y mayorías de las corporaciones y asociaciones sin ánimo de lucro”, ratificando con ello una vez más, la preponderancia del cumplimiento de los estatutos para el registro de una reforma estatutaria, sin que el registro de la misma pueda verse afectado por la inobservancia a distintas imposiciones legales, que seguramente viciará de alguna forma el acto, pero no tiene repercusión sobre la inscripción ante las cámaras de comercio.

En este orden de ideas y con fundamento en todo lo anteriormente expuesto, podemos concluir que el fe-

nómeno de la fusión es posible para las fundaciones, asociaciones, corporaciones y demás entidades sin ánimo de lucro del sector común, quienes a través de una reforma estatutaria podrán acceder a esta como un mecanismo legalmente válido para cumplir cualquier propósito que les merezca interés, claro está, dentro del marco de su objeto y sin desatender a su naturaleza.

Para que la operación de fusión, concebida como reforma estatutaria, sea oponible frente a terceros, debe presentarse el acta o documento privado donde conste su aprobación ante la cámara de comercio que con ocasión a su jurisdicción lleve el registro de los demás actos de la correspondiente entidad sin ánimo de lucro, entidad registral que únicamente deberá examinar el cumplimiento de los requisitos generales y comunes a todas las reformas estatutarias.

Es decir que, al no existir norma especial dentro del régimen legal de las entidades sin ánimo de lucro del régimen común que imponga requisitos adicionales para la fusión y al estar prohibida la remisión a las normas mercantiles, no tendrían fundamento legal las cámaras de comercio de exigir mayores solemnidades para el registro de una fusión, tal como lo ordena el último inciso del numeral 1.3.6.2 de la referida Circular de la SIC.

“Las opiniones y valoraciones expresadas por los autores en sus artículos son de su responsabilidad exclusiva y no comprometen la posición o el criterio oficial de la Cámara de Comercio de Bogotá”.

LA PLURALIDAD COMO REQUISITO ESENCIAL EN LA CELEBRACIÓN DE REUNIONES POR DERECHO PROPIO EN LA SAS

Camilo Eduardo González Rodríguez¹

El derecho es un elemento cambiante que va evolucionando y adecuándose a diferentes pretensiones dentro de un marco temporal específico. Conceptos como justicia, igualdad, legalidad, entre otros son relativos y por ende equivalentes a la necesidad específica del conglomerado social de la época.

Una de las características esenciales del derecho comercial es, sin duda, su carácter dinámico; sin embargo, solo hasta finales del año 2008, con la entrada en vigencia de la Ley 1258, el régimen societario colombiano sufrió una gran modificación con consecuencias que a hoy, luego de poco menos de ocho años desde su promulgación, aun resultan poco exploradas.

El objetivo del presente escrito consiste en analizar el impacto recíproco que existe entre el nuevo tipo societario de la SAS y una de las instituciones de vieja data del régimen societario, las reuniones por derecho propio.

1. La pluralidad como elemento esencial de la personificación jurídica societaria

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 del Código de Comer-

cio, una de las condiciones para la existencia de la sociedad es la pluralidad de asociados; este requisito imperante en los diferentes tipos societarios contenidos en el Decreto 410 de 1971 tiene su razón de ser en la conceptualización de la persona jurídica diferente a los socios como fruto de un acuerdo de voluntades sustentado desde el derecho de las obligaciones, de tal manera que la descripción dada en el libro segundo del estatuto mercantil, en lo relativo al quórum y mayorías decisorias, es totalmente coherente con la definición de contrato mercantil incorporada en el libro cuarto en donde se enuncia como "(...) un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial (...)" (Código de Comercio. Artículo 864).

Con la expedición de la Ley 1014 de 2006 se pretendió que la pluralidad dejara de ser un requisito de la esencia para las nuevas sociedades constituidas a partir de la vigencia de aquella ley y solamente las encomanditas, a las voces del parágrafo del artículo 22, tendrían que seguir respetando este requisito de la esencia del con-

1. Abogado Dirección de Registro Mercantil y ESALES

trato de sociedad. La difusa redacción de la norma en comento trajo como consecuencia que, con la entrada en vigencia del Decreto Reglamentario 4463 de 2006, fuera posible crear sociedades comerciales unipersonales de cualquier tipo o especie excepto para aquellas que por su propia naturaleza necesitan de la presencia y coexistencia simultánea de socios gestores y comanditarios.

A partir de la Ley 1258 del 5 de diciembre de 2008 se incorpora al ordenamiento jurídico colombiano una nueva forma asociativa denominada sociedad por acciones simplificada, cuyo aspecto más relevante se encuentra plasmado en el artículo 1 de dicha ley en donde se dice que "(...) La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas".

El artículo 46 de la llamada Ley SAS (Ley 1258 de 2008) imposibilitó la creación de nuevas sociedades comerciales unipersonales y otorgó un periodo de hasta 6 meses para que las que hasta el momento existían se transformaran a SAS.

Cabe anotar que las sociedades unipersonales no solo estaban llamadas a desaparecer del mundo jurídico en aplicación a la nueva ley sino que, desde el punto de vista de legalidad, el decreto que reguló los aspectos atinentes a su creación presentó inconsistencias que hacían insostenible

la estructura en nuestro ordenamiento mercantil; es así como, mediante Sentencia del 2011, el Consejo de Estado decidió declarar la nulidad de los apartes del Decreto 4463 en donde se hace mención a las sociedades unipersonales por presentarse una extralimitación por parte del poder ejecutivo tal y como se describe a continuación:

(...) por cuanto el Decreto Reglamentario 4463 del 15 de diciembre de 2006, al emplear en varios de sus apartes el sintagma "sociedad unipersonal", está desbordando en forma palmaria lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006, en cuyo texto, como ya se dijo, no se estableció esa nueva categoría ni modificó de manera tácita el artículo 98 del Código de Comercio, según el cual la pluralidad de socios o asociados es una condición sine qua non para la existencia del contrato de sociedad. Por lo anterior, estamos frente a una ostensible violación de las normas indicadas por el demandante y del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política de Colombia (Consejo de Estado; Sección Primera (20, ene, 2011). R. De Lafont. Expediente: 11001032500020080013600).

Personalmente considero que, a pesar de que desde diciembre del 2006 y hasta diciembre de 2008 la ley de fomento a la cultura del emprendi-

miento posibilitó la creación de sociedades comerciales unipersonales, lo cierto es que la SAS en mi sentir constituye el primer antecedente que replantea el requisito de la pluralidad en el ámbito societario nacional; según Reyes (2013), "(...) en el artículo 1 de la Ley SAS se supera definitivamente el concepto de pluralidad a que alude el precitado artículo 98 del Código de Comercio" (p. 97).

Lo relevante no es solo la posibilidad de que, mediante un acto jurídico unilateral, un solo asociado pueda constituir un ente con personalidad jurídica puesto que desde 1995 bastaba con la sola manifestación de voluntad materializada a través de documento privado para lograr la distinción entre el patrimonio individual y el capital social (aporte). En este sentido, el gran cambio lo constituye el hecho de crear un nuevo tipo societario en donde el factor cuantitativo del número de asociados no resulta ser un elemento de la esencia que determine o condicione la existencia del ente social.

Para cualquier lector puede llamar la atención que, llegado a este punto, no se haya hecho referencia a la Ley 222 de 1995 como un gran antecedente normativo a la supresión del requisito de pluralidad, motivo por el cual se trae a colación lo expuesto por la Corte Constitucional en el año 2007 en relación con la empresa unipersonal donde se describe como:

La empresa unipersonal es una forma de organización comercial autónoma que, si bien comparte rasgos comunes con las sociedades comerciales, presenta a su vez caracteres distintivos que permiten diferenciarla tales como lo relacionado con la forma y requisitos de constitución, a los efectos de su actividad frente a terceros y a su objeto social, entre otros aspectos relevantes (Corte Constitucional, C-392/2007, H. Sierra).

En igual sentido, tampoco puede ser tomado como antecedente normativo lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley 222 de 1995, que subrogó el artículo 429 del Código de Comercio, como quiera que lo dispuesto por parte del legislador del 95 sobre la posibilidad de tomar decisiones con la presencia de uno o varios socios en la reuniones de segunda convocatoria de las sociedades que negocian sus acciones en el mercado público de valores opera como excepción para aquellos entes jurídicos que pertenecen a la categoría de emisor de valores; sin que allí se entrara a replantear el requisito de pluralidad en la formación de la voluntad social.

Como se indicó desde un inicio el requisito de pluralidad exigido por el legislador mercantil, parte de la base de que la sociedad es un contrato y como tal requiere de dos o más personas conforme a lo establecido en el artículo 864 del Código de Comer-

cio, sin embargo para Reyes (2009) la flexibilidad del nuevo tipo societario contenido en la Ley 1258 de 2008 “permite regresar al concepto de sociedad-contrato” (*La sociedad por acciones simplificada. Una verdadera innovación en el Derecho Societario latinoamericano. Revista Foro Derecho Mercantil nro. 22. Ene. - mar. 2009*).

Hechas las anteriores observaciones, independientemente de la tesis que se acoja para explicar la creación y surgimiento de la sociedad, y sin que el objeto de este escrito consista en abrir un debate sobre las diferentes concepciones respecto a la naturaleza del acto creador societario, lo cierto es que, para efectos prácticos de nuestro estudio, entender la sociedad como un contrato o como una institución no constituye un criterio diferenciador ya que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 410 de 1971, tanto “los comerciantes” (tesis institucionalista) como “los asuntos mercantiles” (tesis contractualista) se rigen por la ley comercial.

La persona jurídica que nace con el otorgamiento de la escritura pública (Código de Comercio. Artículos 98 y 110) o con la inscripción del documento privado en la cámara de comercio (Artículo 71 de la Ley 222 de 1995 y artículo 2 de la Ley 1258 de 2008) representa de manera simultánea dos tipos de realidades jurídicas paralelas; por un lado, se encuentra la relación existente entre la sociedad

con terceros y, por el otro, a nivel interno encontramos las relaciones de la sociedad con los socios, “surgida la persona jurídica, aparece frente a terceros y a los mismos asociados un sujeto de derechos y obligaciones, organizado conforme a sus estatutos (...)” (Narváez, 2002, p. 274).

Con acierto señala Martínez (2010) que: “Toda sociedad, por el hecho de existir, se beneficia del atributo de la capacidad de goce; por ende, puede ser titular de derechos y sujeto de obligaciones (...)” (p.153). Teniendo en cuenta lo anterior, en un mismo momento frente a los diferentes actos que realiza la sociedad confluyen los intereses de los asociados o miembros y los de terceros.

Teniendo en cuenta que el objeto del presente documento lo constituye el análisis de las reuniones por derecho propio en la sociedad por acciones simplificada nos detendremos en la relación que se gesta al interior del ente societario donde las voluntades individuales de los accionistas mutan en la voluntad social de la persona moral.

2. La voluntad social

Las decisiones o acuerdos sociales son el producto de las deliberaciones de las juntas de asambleas de accionistas (...); constituyen el resultado efectivo del derecho esencial de los asociados de participar y votar en

las reuniones sociales. Por tal razón, cuentan con unas condiciones jurídicas perfectamente determinadas por el legislador, y que conforman un verdadero procedimiento, sin las cuales no puede hablarse de decisiones (Gil, 2012, p. 1).

El artículo 181 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 (...)”.

La dirección suprema de la vida social incumbe a los asociados, no en forma aislada sino mediante deliberaciones y decisiones conjuntas. En la asamblea general de accionistas o en junta de socios se forma y manifiesta la voluntad colectiva o social (Narváez, 2002, p. 275).

No obstante, los derechos individualmente reconocidos a cada asociado lo relevante en relación con la conformación de la voluntad social es el procedimiento detallado que se debe surtir para que una decisión resulte vinculante tanto para los que apoyan una propuesta debatida en el seno de una asamblea como para aquellos asociados ausentes o disidentes, tal y como se describe en los artículos 186 y 188 del Código de Comercio. Conforme con lo dispuesto en los artículos 189 y 431 del estatuto mercantil, esta voluntad social se encuentra contenida en actas.

3. De las reuniones por derecho propio en las sociedades del Código de Comercio

Dentro de las diferentes sesiones en las que las asambleas o juntas pueden deliberar se destacan las ordinarias, las extraordinarias y las especiales donde encontramos las reuniones por derecho propio. En este sentido, Narváez (2002), sobre las reuniones especiales, señala que:

Son aquellas para las cuales la propia ley determina la función que han de desempeñar y a veces les fija el quórum indispensable. Con excepción de las sesiones por derecho propio, participan del carácter de extraordinarias, aunque para su celebración no es menester basarse en necesidades imprevisas o urgentes de la sociedad (P. 317. *Cursiva del texto original*).

Sin hacer referencia a las características propias de los diferentes tipos de reuniones, llegados a este punto centraremos nuestra atención en las reuniones especiales por derecho propio las cuales se encuentran reglamentadas en primera medida en el inciso 2 del artículo 422 y con posterioridad en el artículo 429 del Código de Comercio.

“(...) Si no fuere convocada, la asamblea se reunirá por derecho propio el primer día hábil del mes de abril, a las 10 a. m., en las ofi-

cinas del domicilio principal donde funcione la administración de la sociedad" (Código de Comercio, artículo 422).

Si se convoca a la asamblea y esta no se lleva a cabo por falta de quórum, se citará a una nueva reunión que sesionará y decidirá válidamente con un número plural de socios cualquiera sea la cantidad de acciones que esté representada. La nueva reunión deberá efectuarse no antes de los diez días ni después de los treinta, contados desde la fecha fijada para la primera reunión.

Cuando la asamblea se reúna en sesión ordinaria por derecho propio el primer día hábil del mes de abril, también podrá deliberar y decidir válidamente en los términos del inciso anterior (Código de Comercio, artículo 429. El énfasis es mío).

Aunque este tipo de reunión se encuentre reglada en el capítulo III, sección I, relativo a la sociedad anónima, la misma aplica a todos los tipos societarios no solo por la remisión que existe en los diferentes tipos y que conducen a las reglas de la anónima sino que además el artículo 186 del Código de Comercio ubicado en la parte general de las sociedades mercantiles establece que "(...) las reuniones de socios se celebran de conformidad con las reglas dadas en los artículos 427 y 429".

"La asamblea por derecho propio es aquella que se lleva a cabo el primer día hábil del mes de abril a las diez de la mañana, cuando la asamblea no ha sido convocada a su reunión ordinaria" (Martínez, 2010, p. 252).

Dentro de las características más notorias de este tipo de reuniones encontramos las siguientes:

- 1) Este tipo de reunión aplica para cualquier tipo societario. "En virtud de lo dispuesto en el artículo 186 del citado código que remite de manera general a las reglas del artículo 429 ibídem aplicables también a las mencionadas reuniones, las mismas pueden tener ocurrencia en cualquier sociedad mercantil" (Superintendencia de Sociedades, 1994, Circular Externa 7).
- 2) Este tipo de reunión solo puede suceder si no se ha llevado a cabo la reunión ordinaria o si dentro del periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de marzo no se ha llevado a cabo la convocatoria a esta reunión "se entiende que no hay convocatoria, cuando esta no se ha efectuado o cuando la citación se hace pretermitiendo alguno de los requisitos en cuanto a medio, antelación o persona facultada para realizarla" (Superintendencia de Sociedades. Circular Externa 007, 1994).
- 3) Por ser una reunión sustitutiva de la ordinaria, el temario de la reu-

nión es el contenido en el inciso 1 del artículo 422 del Código de Comercio.

Es evidente entonces, al examinar el tema de la reunión por derecho propio, que el legislador pretendió garantizar a los asociados el derecho a reunirse, como mínimo una vez al año cuando no fueren convocados, de forma que no quedarán indefensos, sometidos a la voluntad de un administrador que, deliberada o involuntariamente, no convoca al máximo órgano social para examinar la situación de la empresa, haciendo nugatorios algunos de los derechos que le otorga la ley a quienes ostentan la calidad de socios o accionistas, como bien podrían destacarse el de conocer las cuentas y el balance de fin de ejercicio; enterarse de la gestión de los administradores; efectuar las designaciones que por ley o estatutos les corresponde; repartir los dividendos, etc. (Superintendencia de Sociedades, 2012, Oficio 220.020467).

- 4) El lugar de celebración, la fecha y la hora de la reunión ya se encuentran previamente definidos por la ley. Las asambleas de accionistas y juntas de socios pueden sesionar, por derecho propio en las oficinas de administración de la sociedad, el primer día hábil del mes de abril a las 10 de la mañana.

- 5) El quórum para deliberar lo compone un número plural de asociados (socios / accionistas) independientemente de las alícuotas de capital que posean.

- 6) En relación con las mayorías para aprobar decisiones, la doctrina reiterada de la Superintendencia de Sociedades ha sostenido que:

(...) en las reuniones por derecho propio se puede deliberar con cualquier número plural de asociados sin importar el número de acciones o cuotas sociales representadas y las decisiones podrán tomarse con el voto favorable de por lo menos la mitad más una de tales acciones o cuotas sociales representadas, a no ser que se trate de decisiones para las cuales la ley o los estatutos exijan una (sic) mayoría especial, caso en el cual deberán tomarse con dicha mayoría (Superintendencia de Sociedades, 1994, Circular Externa 7).

En este mismo sentido, en el año 2012 señaló que:

(...) Ahora, sobre el tema de qué tipo de decisiones pueden ser adoptadas durante las reuniones por derecho propio, la doctrina de esta entidad indica que el artículo 427 deja a salvo de la mayoría excepcional que sugiere el artículo 429, aquellos asuntos para los cuales, por disposición legal o por voluntad de los asociados dis-

puesta en los estatutos sociales, significa que la mayoría especial no puede obviarse en las reuniones por derecho propio, ni en las de segunda convocatoria, como lo confirma otro aparte del Oficio SL1035 del 22 de febrero de 1991, expedido por esta entidad, cuando expresamente señala: "Ahora bien, las decisiones que pueden tomarse con dicha mayoría excepcional son únicamente aquellas que están sujetas a las mayorías generales o comunes, pues las que están sometidas a mayorías especiales, como ya se dijo, siempre deben adoptarse con estas".

En este orden tenemos que en las reuniones por derecho propio únicamente se reduce el quórum para deliberar, quedando intactas las mayorías legales y estatutarias especiales, las cuales deben observarse para la toma de decisiones correspondientes, tales como reformas estatutarias, transformación, etc.; por lo tanto, únicamente serán susceptibles de adoptarse durante las reuniones de derecho propio las decisiones que no requieran de una mayoría especial, sea esta legal o estatutaria, por ejemplo, si los estatutos no mencionan algo específico, se podrán remover administradores y designar sus reemplazos, designar revisor fiscal, aprobar estados financieros, etc., ya que este tipo de decisiones no requiere de una

mayoría especial para su adopción (...) (Oficio 220-020467).

- 7) En relación con la posibilidad de ejercer el derecho de inspección, los accionistas tienen la facultad de ejercerlo en el término anterior a los quince días hábiles que anteceden al primer día hábil del mes de abril para lo cual, una vez verificada la falta de convocatoria o la convocatoria indebida, los accionistas quedan facultados para verificar la documentación contenida en el artículo 446 del Código de Comercio.

Considero que esta es una facultad de la cual solamente están dotados los accionistas de las sociedades por acciones ya que para las juntas de socios de las sociedades colectivas, limitadas, encomanditas simples y respecto a los gestores de las encomanditas por acciones existe el derecho a inspeccionar en cualquier tiempo los libros y papeles de la sociedad de conformidad con lo dispuesto en los artículos del Código de Comercio: 314 (colectivos), 341 (gestores y comanditarios sociedades encomanditas simples), 352 (para los socios gestores sociedades encomanditas por acciones) y 369 (socios de sociedad limitada).

4. Reuniones por derecho propio en la SAS

Con la creación del nuevo tipo societario empiezan a surgir interrogantes

basados en cuáles son los requisitos legales para la celebración de reuniones por derecho propio, de conformidad con el marco normativo descrito en la Ley 1258 de 2008. Al respecto, la Superintendencia de Sociedades, reiterando la postura del despacho, en el 2012 señaló los siguientes parámetros que hasta hace muy poco han tenido plena incidencia a la hora de revisar la legalidad de las decisiones adoptadas en el seno de una sesión de esta índole:

(...) La Ley 1258 de 2008 no se ocupa de regular específicamente este tipo de reunión que, como es sabido, se lleva a cabo en virtud de una convocatoria de origen legal que tiene como propósito suplir la falta de convocatoria a reunión ordinaria. Con fundamento en las reglas de remisión legalmente establecidas, la ausencia de regulación frente a las SAS podrá dar lugar a uno de los siguientes eventos.

(i) Si en los estatutos nada se ha estipulado al respecto, dicha reunión procederá cuando quiera que no se haya convocado a reunión ordinaria, siempre y cuando esta deba realizarse dentro de los primeros tres meses del año. Ello considerando que la convocatoria para la reunión por derecho propio es de carácter legal y, por ende, a los términos de

la norma que la consagra ha de ceñirse la misma.

(ii) Es posible que en los estatutos se estipule la reunión por derecho propio en los mismos términos que la consagra el artículo 422 del Código de Comercio, en cuyo caso no es discutible su aplicación.

(iii) También es posible estipular en los estatutos una reunión por derecho propio en condiciones distintas a las que prevé la disposición legal invocada, es decir para una fecha diferente, para hora o sitios distintos, o incluso con un quórum especial diferente. Sin embargo, esta no será en sentido estricto "reunión por derecho propio" dada la fuerza vinculante que tienen las condiciones de origen legal previsto para ellas, origen que no tendría en el supuesto descrito. Se trataría en tal caso de una reunión de convocatoria estatutaria, a la que se ha referido la doctrina para identificar las reuniones que tienen unos elementos de convocatoria preestablecidos en el contrato social.

(iv) Por último, es perfectamente viable establecer expresamente en los estatutos que no habrá lugar en ningún caso la reunión por derecho propio

(...) (Oficio 220-015290 (11, marzo, 2012)).

5. Cambio de paradigma

En pronunciamientos recientes, la Superintendencia de Sociedades, haciendo una nueva interpretación del conjunto de disposiciones normativas de la SAS, ha dicho lo siguiente:

(...) el Despacho deberá indagar, en forma preliminar, acerca del régimen legal previsto para la configuración del quórum y las mayorías decisorias en las reuniones por derecho propio que se celebren en una sociedad por acciones simplificada. Para tales efectos, lo primero que debe estudiarse es el alcance de las disposiciones contenidas en los artículos 429 del Código de Comercio y 22 de la Ley 1258 de 2008. La primera de las normas citadas establece que en las reuniones por derecho propio se 'sesionará y decidirá válidamente con un número plural de socios cualquiera sea la cantidad de acciones que esté representada' (negritas fuera de texto). Por su parte, en el artículo 22 de la Ley 1258 de 2008 se dispone, para el caso específico de la sociedad por acciones simplificada, que 'la asamblea deliberará con uno o varios accionistas que representen cuando menos la mitad más una de las acciones suscritas. Las determinaciones se adopta-

rán mediante el voto favorable de un número singular o plural de accionistas que represente cuando menos la mitad más una de las acciones presentes' (se resalta).

(...) Una simple lectura del texto de la Ley 1258 de 2008 es suficiente para detectar la intención del legislador colombiano de suprimir el requisito de pluralidad como un elemento indispensable para la constitución y el funcionamiento interno de las sociedades por acciones simplificadas. (...) El avance alcanzado en esta materia por el artículo 22 de la Ley 1258 de 2008 está dado por la abolición de todo requisito de pluralidad para el cómputo de quórum y mayorías decisorias.

(...), el Despacho difícilmente podría aceptar la idea de que el legislador colombiano decidió conservar el requisito de pluralidad exclusivamente para las reuniones de la referida naturaleza. Esta interpretación no solo carecería de una justificación discernible, sino que se apartaría de la voluntad explícita del legislador de restarle toda relevancia al elemento de la pluralidad en el régimen previsto para la SAS. En este orden de ideas, es indispensable poner de presente que en la exposición de motivos del Proyecto de Ley nro. 39 de 2007, el cual le dio origen a la Ley 1258 de 2008, se expresó

lo siguiente: 'Dentro de las innovaciones más relevantes que se proponen en el proyecto debe resaltarse la [...] abolición de la pluralidad para quórum y mayorías decisorias—**incluidas las reuniones de segunda convocatoria** [...]' (negritas fuera de texto).

Una interpretación más congruente con el régimen de la SAS apuntaría a que las reuniones de segunda convocatoria y por derecho propio pueden celebrarse con la presencia de un solo accionista. En palabras de Reyes Villamizar, 'es forzoso colegir que, a diferencia de como ocurre bajo el precepto contenido en el artículo 429 del Código de Comercio, en estas deliberaciones de segunda convocatoria no se requiere pluralidad, de modo que si solo asiste un accionista, deberá entenderse facultado para adoptar todas las decisiones que correspondan [...]. Esta conclusión surge inequívocamente del régimen general de la SAS y de las reglas especiales sobre quórum y mayorías decisorias que [...] suprimen por completo cualquier requisito de pluralidad para la adopción de determinaciones sociales' (S. Soc., Auto 801-16006/2013, J. Mendoza).

De conformidad con lo dispuesto en el Auto del 2013, mediante Oficio 220-007091 (28, enero, 2015), la Superintendencia de Sociedades realizó un

cambio de doctrina sobre el quórum y las mayorías en las reuniones por derecho propio en la SAS, y en este sentido se replanteó la postura del despacho modificando en lo pertinente lo dicho en Oficio 220-015290 (11, marzo, 2012) de tal manera que a partir de allí se vio ajustado a derecho el poder deliberar y decidir en reuniones por derecho propio con la presencia de un solo accionista.

6. Reinterpretación de la Ley 1258 de 2008

Con la nueva postura adoptada por la Superintendencia de Sociedades, el tema aún resulta discutido y en mi concepto, aunque han pasado más de siete años desde la entrada en vigencia de la Ley SAS, siguen existiendo muchas zonas grises sobre las cuales hace falta mayor discusión académica y jurisprudencial.

Frente al tema de las mayorías en las reuniones por derecho propio, a continuación procedo a exponer brevemente los motivos por los cuales considero que desde siempre se le debió haber dado un trato diferencial a las reuniones por derecho propio en la SAS respecto a los demás tipos societarios contenidos en el Código de Comercio.

Para iniciar, tomo correferencia el artículo 45 de la Ley 1258 de 2008, el cual constituye toda una pirámide normativa caracterizada por el orden jerárquico de fuentes interpretativas.

En lo no previsto en la presente ley, la sociedad por acciones simplificada se regirá por las disposiciones contenidas en los estatutos sociales, por las normas legales que rigen a la sociedad anónima y, en su defecto, en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen a las sociedades previstas en el Código de Comercio (...) (Ley 1258 de 2008, artículo 45).

En este sentido, el primer marco de referencia en la estructuración de la SAS lo compone el conjunto de normas dispositivas e impositivas contenidas en la Ley 1258 de 2008 de tal suerte que, para lo no previsto en aquella ley, se pueda recurrir a las fuentes de remisión en el orden de aplicación allí indicado.

Teniendo en cuenta la norma transcrita, se puede observar que lejos de tratarse el artículo 45 de una mera norma de remisión, como ocurre en los otros tipos societarios donde, por citar un ejemplo, el artículo 372 de las sociedades limitadas remite a las normas de la anónima en lo previsto, para el caso de la SAS el penúltimo de sus artículos incorpora su propia fuente de jerarquía normativa.

A) Como primera fuente de remisión e interpretación del nuevo tipo societario encontramos que, para lo no previsto en la Ley SAS, la voluntad de las partes materializada

en los estatutos sociales entra a reglar todas aquellas relaciones existentes entre sociedad y socios así como sus efectos frente a terceros convirtiéndose de esta forma el estatuto social en ley para las partes configurando de esta manera el principio de "autonomía de la voluntad privada". Afirma Reyes, (2013), que "uno de los principios en que se ha inspirado la Ley SAS es el de permitir la más amplia autonomía contractual en la redacción de los estatutos sociales" (SAS Sociedad por Acciones Simplificada, p. 127). En relación con este principio, la Corte Constitucional ha dicho siguiente:

Según la doctrina jurídica, la autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación (Corte Constitucional, C-341 de 2006, Araújo, J.).

No obstante lo anterior y por resultar aplicable al régimen de sociedades las disposiciones contenidas en el Código de Comercio en relación con el campo de aplicación de la ley co-

mercial, la autonomía de la voluntad de las partes materializada en las estipulaciones contractuales encuentra su límite en la propia ley cuando el querer de las partes choca con una norma de orden público. "Estas leyes impiden que las voluntades individuales regulen, conforme a su propio criterio, sus actuaciones, es decir, el ordenamiento jurídico no le reconoce efectos jurídicos a los negocios que las vulneren" (Valencia & Ortiz, 2006, p. 27).

En lo personal considero que, para poder entender la magnitud de la autonomía en la Ley SAS, se debe comprender y analizar la naturaleza del conjunto de normas contenidas en la Ley 1258 de 2008.

Contrario a lo que ocurre en los otros tipos societarios donde, a pesar de que las estipulaciones contractuales tienen total validez, el rango de aplicación de las mismas se entiende mucho más restringido en virtud del carácter impositivo de las normas marco que establecen los parámetros generales de existencia de cada tipo social de tal manera que los asociados, al momento de querer constituir una sociedad bajo alguno de los regímenes del Código de Comercio, deben observar patrones mucho más rígidos que los exigidos por la Ley SAS.

En resumen, la autonomía contractual de la que gozan los accionistas de una SAS es posible gracias al propio marco legal compuesto de una

gran cantidad de normas dispositivas que permiten a los asociados establecer su propio ámbito reglamentario contenido en sus estatutos junto con las consecuencias de lo allí descrito de tal manera que la ley solo entra a llenar el vacío del querer de las partes y no al contrario.

B) Como segunda fuente de remisión encontramos las normas legales que rigen las sociedades anónimas; sobre el particular no se realiza ninguna observación ya que para poder aplicar normas de la sociedad anónima se requiere el silencio absoluto de la Ley 1258 de 2008 y de los estatutos sociales. Por citar un ejemplo de esta remisión normativa, el artículo 378 del Código de Comercio, relativo a la indivisibilidad de las acciones en una sociedad anónima, resulta totalmente aplicable a las de la SAS.

C) Como tercera fuente de remisión tenemos las disposiciones generales que rigen las sociedades del Código de Comercio. En este mismo sentido y sin entrar de fondo a realizar interpretaciones sobre este tipo de remisión, encontramos que la misma puede operar válidamente cuando las disposiciones generales no resulten contradictorias. Un ejemplo válido sería la aplicación en una SAS de lo dispuesto en el artículo 101 del Código de Comercio, relativo a

los requisitos de validez del contrato de sociedad respecto a cada asociado.

Por citar otro ejemplo encontramos que en la medida en que el artículo 98 del Código de Comercio exige pluralidad para constituir una sociedad y el artículo 1 de la Ley 1258 de 2008 permite que haya uno o varios accionistas, por resultar contradictoria la disposición del estatuto mercantil, no sería aplicable la disposición general a la SAS sin que ello implique que el artículo 98 se encuentre derogado por la ley posterior; solamente que resulta inaplicable para las SAS constituidas por un solo accionista.

Llama la atención cómo la Superintendencia reconoció en un primer momento, mediante Oficio 220-015290 (11, marzo, 2012) que, partiendo de “reglas de remisión legalmente establecidas”, fuera posible que vía estatutos se regulara de manera especial horas y lugares diferentes a los consagrados en el artículo 422 del Código de Comercio así como la posibilidad de renunciar de manera expresa a la celebración de este tipo de reunión especial; y es que, en mi sentir, al abrir esta puerta se estaría extralimitando la autonomía contractual con la que cuentan los accionistas desconociendo criterios interpretativos propios del Derecho mercantil puesto que, como ya se indicó con anterioridad, la remisión a la que hace referencia el artículo 45

de la Ley 1258 de 2008 sigue un orden jerárquico definido partiendo de una premisa general que es “en lo no previsto en la presente ley”.

La calidad de ordenamiento especial que tiene el Derecho comercial frente al Derecho civil implica dos consecuencias que deben resaltarse: la aplicación preferente de sus normas en la regulación de fenómenos mercantiles y su posibilidad de aplicación analógica a fenómenos similares no exactamente contemplados en sus textos (Madrrián, 2004, p. 39. Énfasis mío).

Teniendo en cuenta el carácter especial que poseen los asuntos de comercio, el ámbito de aplicación para la solución de controversias de esta índole se encuentra a la luz de las normas mercantiles, conforme a lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 410 de 1971 y en este sentido considero que la misma Ley 1258 de 2008 contiene argumentos suficientemente sólidos para sustentar la celebración de reuniones por derecho propio en una SAS como se explica a continuación.

Si partimos de la base de que, según el artículo 45 de la Ley 1258 de 2008 y el artículo 1 del Código de Comercio, la ley es el punto cardinal de la interpretación de las relaciones mercantiles y más específicamente de los conflictos societarios, en mi sentir es la misma Ley SAS y su conjunto de

normas dispositivas e impositivas que permite la celebración de reuniones por derecho propio sin que se requiera de la presencia de un número plural de accionistas ya que por el hecho de que no se encuentre previsto dentro dicha ley los formalismos de esta reunión especial no se pueden ignorar los criterios de remisión propios de la SAS contenidos en el artículo 45, con lo cual no es coherente aplicar de manera irrestricta lo dispuesto en los artículos 422 y 429 del Código de Comercio sin hacer un análisis de fondo sobre las normas propias de la SAS.

Previo a realizar la remisión normativa, la pregunta que se debe plantear es: ¿Qué es lo no previsto en la Ley 1258 de 2008 que hace necesario agotar las otras fuentes interpretativas?

Con el fin de dar respuesta a este interrogante y previo a realizar el salto a las normas que regulan las sociedades anónimas observamos que el artículo 18 de la Ley 1258 de 2008, relativo a reuniones de los órganos sociales, establece que:

La asamblea de accionistas podrá reunirse en el domicilio principal o fuera de él, aunque no esté presente un quórum universal, siempre y cuando se cumplan los requisitos de quórum y convocatoria previstos en los artículos 20 y 22 de esta ley (Cursiva y subrayado míos).

Teniendo en cuenta lo anterior, se concluye que, por virtud de la misma

ley, en términos generales, para que las reuniones de las asambleas de accionistas tengan plena validez en una SAS resulta imperioso dar estricto cumplimiento a los requisitos de quórum y convocatoria propios de la SAS. Sobre la convocatoria no resulta procedente pronunciarse ya que, como se ha referenciado con anterioridad, una de las características fundamentales de las reuniones por derecho propio es la falta de convocatoria.

Respecto al requisito del quórum y a las voces del artículo 18, que remite de manera directa a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 1258 de 2008, se observa que “salvo estipulación en contrario, la asamblea deliberará con uno o varios accionistas”. Con relación a las mayorías para aprobar decisiones, el citado artículo establece que: “Las determinaciones se adoptarán mediante el voto favorable de un número singular o plural de accionistas (...) salvo que en los estatutos se prevea una mayoría decisoria superior para algunas o todas las decisiones (...)”.

Como se puede observar y salvo que medie estipulación estatutaria en contrario, el requisito de pluralidad para deliberar y decidir no puede ser exigible en ninguna reunión al interior de la SAS, en estricto cumplimiento del artículo 18 de la Ley 1258 de 2008 con lo cual no resultaría procedente exigir a ninguna SAS un requisito de pluralidad invocando norma diferen-

te a la Ley 1258 de 2008 en cuanto a quórum y mayorías sí, de manera previa en los estatutos, los accionistas no lo han decidido de esta forma.

Así las cosas, en aplicación directa a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 1258 de 2008 podemos deducir que lo no previsto es la celebración de reuniones por derecho propio y, ante el silencio normativo y el estatutario, agotando los criterios de remisión, aplicando las disposiciones normativas de las sociedades anónimas, el artículo que resulta aplicable es el inciso segundo del artículo 422 del Código de Comercio que posibilita la celebración de las reuniones por derecho propio.

Teniendo en cuenta que para la SAS existe norma especial que regula las mayorías para cualquier reunión de asamblea de accionistas (Artículo 22 Ley 1258 de 2008), continuando con la remisión del artículo 45 de la Ley 1258 de 2008, encontramos que bien sea legal o estatutariamente no hay razón de ser para remitir a lo dispuesto en el artículo 429 del Código de Comercio sobre la pluralidad puesto que se estaría pasando por alto la jerarquía normativa descrita en la propia Ley 1258 de 2008 y este requisito resultaría contradictorio a lo establecido en los artículos 1, 18 y 22 de la Ley 1258 de 2008, salvo que estatutariamente se decida imponer como requisito la pluralidad de los accionistas en la deliberación.

La distinción existente entre reuniones ordinarias y extraordinarias dentro del nuevo tipo societario no tiene razón de ser ya que, salvo estipulación estatutaria en contrario, independientemente de los temas a tratar en la reunión, la convocatoria la realiza el representante legal mediante comunicación escrita con una antelación de 5 días hábiles; y para cualquier efecto debe insertar el orden del día en la citación.

Contrario a lo ocurrido con los demás tipos societarios contenidos en el Código de Comercio donde, de manera imperativa, se impone la obligación de celebrar al menos una reunión anual a las voces de los artículos 181 y 422 del Código de Comercio y para lo cual ante la no convocatoria a una sesión ordinaria dentro de los tres primeros meses del año se puede realizar reunión por derecho propio.

En la SAS, a pesar de no regularse legalmente la existencia de reuniones ordinarias de manera específica, de la lectura del inciso segundo del artículo 20 de la Ley 1258 de 2008 se logra extraer que, independientemente del tipo de reunión que se trate, la asamblea debe aprobar balances. En este orden de ideas, por resultarle totalmente aplicable el artículo 34 de la Ley 222 de 1995 que impone la obligación a todas las sociedades que el 31 de diciembre de cada año debe cortar sus cuentas así como preparar y difundir estados financieros.

Teniendo en cuenta que la Ley SAS no establece un plazo en el cual la asamblea deba cumplir con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 1258 de 2008 y si en los estatutos no se indica nada respecto a la fecha de aprobación de los balances, indiscutiblemente y solo bajo este supuesto se podría tomar que, por aplicación de las normas de las anónimas (artículo 422 del Código de Comercio), dentro de los tres meses al vencimiento de cada ejercicio es la época oportuna para la celebración de la asamblea ordinaria.

En consideración de lo anterior, podemos afirmar que si vía estatutos no se encuentra regulada una fecha exacta de la reunión para aprobar los balances y ante el silencio que guarda la Ley 1258 de 2008 al respecto, tomando como punto de partida que la Ley SAS solo establece la obligación de la asamblea de aprobar balances, se podría llegar a concluir que si dentro de los 3 primeros meses del año en la SAS no se ha sido convocada la asamblea de accionistas para aprobar balances se pueden los accionistas reunir en sesiones por derecho propio atendiendo a que “la finalidad de esta reunión es la misma de la reunión a la que sustituye, o sea, el examen económico, financiero, administrativo y funcional de la sociedad” (Peña, p. 321).

7. Conclusión

Para concluir, tenemos que la estructura normativa de la SAS se en-

cuentra altamente impregnada por la autonomía contractual y fruto de ese principio orientador para este tipo societario existe una gran cantidad de normas dispositivas cuya única limitante está dada por el escaso número de normas imperativas.

Las reuniones llevadas a cabo en una sociedad por acciones simplificada se encuentran regladas en el artículo 18 de la Ley 1258 de 2008 y cuyo único requisito de validez es la observancia de los requisitos de quórum y convocatoria.

De una lectura detallada de los artículos 20 y 22 de la Ley 1258 de 2008, queda de relieve la no diferenciación entre sesiones ordinarias y extraordinarias; sin embargo, por ser un deber legal -inciso 2 artículo 20- la aprobación de balances, haciendo uso de la norma de remisión propia de la SAS -artículo 45 de la Ley 1258 de 2008- ante el silencio imperante en la ley y en el evento en que no se diga nada en estatutos sobre la época o tipo de reunión para aprobar balances en aplicación de las normas de la sociedad anónima, resulta aplicable para la SAS la aprobación de balances dentro de los 3 primeros meses del año de tal manera que si no se convoca a reunión para tal fin, la asamblea de accionistas de una SAS se puede reunir por derecho propio el primer día hábil del mes de abril a las 10 a.m. en las oficinas donde funciona la administración de la reunión.

Respecto al quórum para deliberar y las mayorías para aprobar decisiones en este tipo de reuniones, siguiendo el mismo criterio de remisión establecido en la Ley SAS antes de aplicar normas propias de las anónimas por ser este un tema claramente definido o determinado por parte de los asociados vía estatutos, salvo que el querer de los mismos no sea mantener el requisito de pluralidad, la asamblea podrá deliberar con uno o varios accionistas respetando en todo caso mayorías especiales legales o estatutarias que requieran computar determinado número de acciones suscritas no de las presentes en la reunión sino del total del capital suscrito como, por ejemplo, lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 1258 de 2008 así como la de decisión de transformación de la SAS a otro tipo societario que requiere el voto favorable del total de las acciones suscritas –parágrafo del artículo 31 de la Ley 1258 de 2008 - o por citar otro ejemplo.

En lo personal considero que la discusión, lejos de estar resuelta en la actualidad, se vuelve a situar en una

zona gris puesto que con la expedición de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades el 22 de julio de este año se presenta una gran contradicción conceptual en la medida en que el documento en mención, al constituir una compilación de las instrucciones que se han emitido en materia societaria en relación con las reuniones por derecho propio en la SAS, debería contener directrices precisas y contundentes que guarden coherencia con lo dicho por parte del despacho en su Oficio 220-007091 del 28 de enero de 2015 en donde cambiando de doctrina se indicó que “(...) en las reuniones de segunda convocatoria y por derecho propio se puede deliberar y decidir con la presencia de un solo accionista, salvo que en los estatutos se consagre lo contrario”. No obstante lo anterior, llama la atención cómo en la Circular se indica que para este tipo de reuniones se delibera y decide con cualquier número plural de asociados y que “las SAS pueden pactar en sus estatutos que no se requiera la pluralidad en esta clase de reuniones”. (p. 40).

“Las opiniones y valoraciones expresadas por los autores en sus artículos son de su responsabilidad exclusiva y no comprometen la posición o el criterio oficial de la Cámara de Comercio de Bogotá”.

Referencias bibliográficas

MADRÍÑÁN DE LA TORRE, R. *Principios de Derecho Comercial*. Bogotá: Temis, 2004.

MARTÍNEZ NEIRA, N. *Cátedra de Derecho Contractual Societario*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.

NARVÁEZ GARCÍA, J. *Teoría General de las sociedades*. Bogotá: Editorial Legis, 2002.

ORTIZ MONSALVE, A. y VALENCIA ZEA, A. *Derecho Civil Tomo I: Parte general y personas*. Bogotá: Temis, 2006.

PEÑA NOSSA, L. *De las sociedades comerciales*. Bogotá: Ecoe Ediciones.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho Societario Tomo I*. Bogotá: Temis, 2011.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. *SAS, la sociedad por acciones simplificada*. Bogotá: Editorial Legis, 2013.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. *La sociedad por acciones simplificada: una verdadera innovación en el derecho societario latinoamericano*. *Revista Foro Derecho Mercantil* nro. 22. Ene. - mar. 2009. Págs. 43-77, recuperado de Multilegis.

Normativas

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.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1258 (5, diciembre, 2008). Por medio de la cual se expide la sociedad por acciones simplificada. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1258_2008.html#18.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 (27, marzo, 1971). Por medio del cual se expide el Código de Comercio. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html

Providencias

ARAÚJO RENTERÍA, J. Sentencia C-341 (3, mayo, 2006). *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1389 del Código de Comercio. Corte Constitucional. Bogotá. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-341-06.htm>.*

DE LAFONT PIANETA, Rafael. Sentencia 11001032500020080013600 (20, enero, 2011) interpuesta por el ciudadano Néstor Humberto Martínez Neira contra el Decreto 4463 del 15 de diciembre de 2006 “*por medio del cual se reglamenta el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006*”, proferido por el Gobierno Nacional. Bogotá. Consejo de Estado Sección primera Sala de lo Contencioso Administrativo. Recuperado de: <http://actualicese.com/normatividad/2011/01/08/sentencia-11001032500020080013600-de-20-01-2011/>.

MENDOZA, J. Auto 801-16006/2013. Asunto: artículo 24 Código General del Proceso. Proceso verbal sumario. Radicado: 2013-801-118, 2013.

SIERRA PORTO, H. Sentencia C-392/2007. *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006 “De fomento a la cultura del emprendimiento”*. Corte Constitucional. Bogotá. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-392-07.htm>.

Otros

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Circular externa 7, 1994.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Circular Básica Jurídica, 2015.

Conceptos

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-015290 (11, marzo, 2012).

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 220-007091 (28, enero, 2015).

