

OFICIO 220-240006 DEL 15 DE DICIEMBRE DE 2021

ASUNTO: LAS SOCIEDADES DE HECHO NO ESTÁN BAJO LA SUPERVISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.

Me refiero a su comunicación radicada en esta entidad con el número de la referencia, por medio de la cual realiza la siguiente consulta:

- a) Qué ocurre con los aportes efectuados a una sociedad de hecho, cuando, antes de la liquidación, fallece uno de los socios
- b) Qué posibles acciones o herramientas existen para salvaguardar esos aportes a favor de la sucesión del socio fallecido
- c) Quiénes son los legitimados para reclamar, en caso de que existan herramientas, de las que habla la pregunta anterior
- d) Ante qué entidad u organismo del estado se puede hacer dicha reclamación, de la que se habla en los literales anteriores
- e) En qué tiempo se puede hacer dicha reclamación a partir de la muerte del socio, o cuál es el criterio para el cálculo del término en que puede ejercitarse dicha acción."

Sobre el particular, me permito manifestarle que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el artículo 11, numeral 2 del Decreto 1736 de 2020 y el artículo 2 (2.3) de la Resolución 100-000041 del 2021), emite un concepto de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, que no se dirige a resolver situaciones de orden particular ni constituye asesoría encaminada a solucionar controversias, o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos o decisiones de los órganos de una sociedad determinada.

En este contexto, se explica que las respuestas en instancia consultiva no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la Entidad, no constituyen prejuzgamiento, y tampoco pueden condicionar ni comprometer el ejercicio de sus competencias judiciales o administrativas en una situación particular y concreta.

También es procedente informarle que, para efecto del conteo de términos en la atención de su consulta, mediante el artículo 5º de la parte resolutive del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, expedido con ocasión de la emergencia sanitaria derivada del Coronavirus COVID-19 y mientras ésta se mantiene, el Gobierno Nacional amplió los términos para que entidades como esta Superintendencia atiendan peticiones de consulta en treinta y cinco (35) días

Con el alcance indicado, este Despacho se permite efectuar las siguientes consideraciones en relación con el tema consultado:

De acuerdo con el mandato del numeral 24 del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia, por delegación del Presidente de la República, le corresponde a la Superintendencia de Sociedades llevar a cabo la inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales.

Es así como la Superintendencia de Sociedades ejerce las atribuciones de Inspección, Vigilancia y Control en los términos establecidos en los artículos 82 y siguientes de la Ley 222 de 1995,¹ respecto de las **sociedades comerciales** y se le delimitó el ámbito de su competencia conforme a los términos establecidos en las normas vigentes: “(...) También ejercerá inspección y vigilancia sobre otras entidades que determine la ley. De la misma manera ejercerá las funciones relativas al cumplimiento del régimen cambiario en materia de inversión extranjera, inversión colombiana en el exterior y endeudamiento externo.”.²

De acuerdo con los artículos 83, 84 y 85 de la Ley 222 de 1995, respectivamente, la inspección consiste en la atribución para “solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional (...), la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa” de cualquier sociedad no vigilada por la Superintendencia Financiera; la vigilancia comprende la facultad de velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias “en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos”; y el control permite “ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad que no esté vigilada por otra superintendencia”.

Con relación al concepto de sociedad, el artículo 98 del Código de Comercio, consagra:

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

La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados” (El resaltado es nuestro).

Es claro que también debe tenerse en cuenta lo dispuesto por la Ley 1258 de 2008, en lo atinente a las sociedades por acciones simplificadas.

1 “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”

2 Ley 222 de 1995, artículo 82.

Ahora bien, en relación con la noción de sociedad de hecho, el artículo 498³ de la Legislación Mercantil de manera clara dispone que como ésta no se constituye por escritura pública, por ende no es persona jurídica.

Frente a las denominadas sociedades de hecho, la Superintendencia de Sociedades no ejerce supervisión. En efecto, esta entidad, mediante el Oficio 220-64645 de octubre de 1998, que también a colación el Oficio EX01680 del 23 de febrero de 1981, expresa lo siguiente:

“(…)”

“2.- La sociedad comercial de hecho no se constituye por escritura pública y por lo tanto carece de personalidad jurídica. Es así como al carecer del atributo anterior, los derechos que se adquieran y las obligaciones que se contraigan son adquiridos única y exclusivamente a favor o a cargo de los socios. En relación con este tópico en el oficio ya mencionado se expresó:

“... En nuestro régimen legal disfrutan, por consiguiente, del beneficio de la personalidad jurídica todas las sociedades formadas de acuerdo con la ley, pues el recurso técnico de la personalidad jurídica permite regular en forma más clara y sencilla la actuación de las sociedades tal como quedó expresado, cosa que no acontecería si ellas fueran consideradas como simples formas de asociación sin una capacidad jurídica propia y autónoma

Naturalmente, la sociedad de hecho carece de personalidad jurídica porque, conforme el inciso 2º del artículo 98 aludido, es condición básica para la existencia de ésta la constitución legal de la compañía, es decir su formación por escritura pública, requisito que, por definición, no cumplen las compañías de hecho; además, el punto está expresamente definido por el artículo 499 del Código de Comercio, cuyo texto se inicia con la afirmación explícita de que “la sociedad de hecho no es persona jurídica”.

No sobra subrayar que la personalidad jurídica de las sociedades se obtiene en forma automática e inmediata, por el solo hecho de su constitución regular y sin necesidad de ningún trámite administrativo previo, cosas que no suceden con las demás formas de asociación, las cuales solo alcanzan la personalidad mediante un expreso pronunciamiento oficial.” (Obra citada, página 456)

3.- Respecto a la inspección, vigilancia y control que ejerce esta entidad sobre las sociedades mercantiles, esta Superintendencia ha considerado que tales atribuciones no proceden respecto de las sociedades de hecho. En efecto, en el Oficio EX -01680 ya mencionado expresó:

3 Artículo 498 del Código de Comercio: “La sociedad comercial será de hecho cuando no se constituya por escritura pública. Su existencia podrá demostrarse por cualquiera de los medios probatorios reconocidos en la ley”:

"...Se trata, pues, esencial y exclusivamente de un control de la legalidad de la formación y del funcionamiento de las sociedades, en guarda de los intereses generales protegidos con las leyes y los decretos que regulan la celebración y ejecución de un contrato de sociedad; lo mismo que de un control del cumplimiento de los estatutos, en guarda también de los intereses de los asociados comprometidos en el cumplimiento del contrato social, que, conforme al artículo 1602 del Código Civil, y como cualquiera otro contrato válidamente celebrado, constituye una ley para las partes.

Así las cosas, la sociedad de hecho no es sujeto de vigilancia estatal, toda vez que con éstas se busca fundamentalmente la protección de los terceros y de los mismos socios y el regular funcionamiento de la sociedad persona jurídica; vigilancia que se ha instituido sobre aquellas compañías en las cuales se restringe la responsabilidad de los socios, circunstancia que no puede predicarse de la sociedad de hecho donde los asociados responden ilimitada y solidariamente.

En síntesis, una asociación no podrá ser sujeto de vigilancia si tiene la naturaleza de la sociedad de hecho pues es entendido que no existe facultad constitucional para ejercerla, entre otras por las siguientes razones:

a) Es una sociedad de la cual puede decirse que existe dentro del ámbito contractual si en su formación se han observado los requisitos de su esencia, es decir, los señalados en el artículo 98 ibídem, pero no está contemplada dentro de las formas regulares de sociedad, pues la escritura pública (que no existe en la sociedad de hecho) está destinada a cumplir dos funciones de esencial importancia, cuales son, la de dar autenticidad al contrato social y la de tipificar la sociedad en esta forma auténtica.

La primera está inspirada en la idea de proteger a los socios mismos, para que no puedan desconocer el contenido y el sentido de las cláusulas consignadas en ella; la segunda, la de tipificar la sociedad, se cumple con las estipulaciones que conforme al artículo 110 ibídem, debe contener la escritura social, con el fin de regular en forma clara y completa las relaciones derivadas del contrato social, de acuerdo con el tipo o especie de sociedad que se pacte; por eso es precisamente por lo que, al tenor del artículo 498 del mismo Código, la sociedad comercial que no se constituye por escritura pública es una sociedad de hecho, esto es, una sociedad atípica, formada por fuera de los cuatro tipos o formas de sociedad a que se refiere la ley".

b) Por no constituirse legalmente, la sociedad no forma una persona jurídica independiente de los socios individualmente considerados. Y es precisamente esta la razón por lo cual la sociedad no puede ser sujeto de las obligaciones que impone la vigilancia del Estado, entre otras, enviar oportunamente los balances y estados de pérdidas y ganancias, etc. A tal punto no es sujeto de obligaciones, más sí sus socios, ya que la matrícula no obliga a la sociedad de hecho sino a los asociados, como lo establece el último párrafo del artículo 31 del citado Código.

c) No podrán ser sancionadas, ya que, si no existe una persona distinta de los socios, la sanción recaería sobre cada uno de ellos, por cuanto en esta especie de asociación, como

lo dispone el artículo 499 del mismo Código, "los derechos que se adquieren y las obligaciones que se contraigan para la empresa social, se entenderán adquiridas o contraídas a favor o a cargo de todos los socios de hecho".

d) No puede esta Entidad decretar la disolución de la sociedad al tenor del artículo 500 del Código de Comercio, toda vez que del contenido del mismo se desprende que la Superintendencia sólo puede hacer uso de esa facultad en el evento de que una sociedad comercial se constituya por escritura pública y cumpla con ciertos requisitos legales

e) La práctica de visitas con inspección de libros, que es el medio como mejor puede cumplir sus funciones de vigilancia la Superintendencia, tampoco puede emplearse respecto de las sociedades de hecho, puesto que las cuestiones que han de ser investigadas por su medio, tienden en general a establecer si el funcionamiento de la sociedad es regular, es decir, si se ajusta a las disposiciones legales y a sus propios estatutos que son las que se plasman en la escritura pública de constitución y en las reformas y de las cuales carece la sociedad de hecho". (obra citada, páginas 460 y 461)

4.- La sociedad de hecho por disposición legal está permanentemente expuesta a la declaratoria de disolución, pues de conformidad con el mandato contenido en el artículo 505 del estatuto mercantil, los socios podrán en cualquier tiempo pedir que se haga la liquidación de la sociedad y que se liquide y pague su participación en ella, lo cual corresponde a una medida de salvaguarda en su favor, pues no se les puede obligar a permanecer en una sociedad gravosa para ellos, habida consideración de la responsabilidad solidaria e ilimitada que les incumbe, así como por la especial afectación de los bienes comprometidos en desarrollo de la actividad social a favor de terceros acreedores.

5.- En cuanto al procedimiento para decretar la disolución de la sociedad de hecho, el artículo 627 del Código de Procedimiento Civil establece

"A petición de cualquiera de los socios, procede declarar judicialmente la disolución y decretar la liquidación de una sociedad civil, comercial o, de hecho, por las causas previstas en la ley o en el contrato social, siempre que tal declaración no corresponda a una autoridad administrativa."

Teniendo en cuenta lo ya expresado en el sentido que la sociedad de hecho no está sujeta a la inspección y vigilancia del estado, esta superintendencia no tiene la potestad de decretar la disolución como acontece con las sociedades sujetas a su vigilancia, por lo cual se concluye sin mayor dificultad que la declaratoria de disolución de una sociedad de hecho corresponde a la justicia ordinaria.

6.- La ley 446 de 1998, sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia, en el artículo 138, relativo a la DISOLUCION DE SOCIEDADES, contempla que:

"Discrepancias sobre las causales. La Superintendencia de Sociedades podrá dirimir las discrepancias sobre la ocurrencia de causales de disolución de sociedades no sometidas a la vigilancia y control del Estado o que estándolo, la

entidad respectiva no tenga dicha facultad. Lo anterior podrá solicitarse por cualquier asociado mediante escrito presentado personalmente por el interesado o su apoderado, junto con los anexos que por vía reglamentaria determine el Gobierno Nacional".

En primer lugar, llama la atención el Despacho respecto al hecho de que la disposición transcrita no se refirió de manera expresa a las sociedades de hecho, a diferencia de lo que sucede con el artículo 627 del C. de P.C., ya transcrito. Esta circunstancia permite concluir que el legislador de 1.998 no consideró pertinente atribuir a la Superintendencia la competencia en cuanto a disolución de las sociedades de hecho. Si el querer del legislador hubiera sido que la entidad asumiera competencia respecto a la disolución de las sociedades de hecho, lo hubiera señalado de manera expresa, máxime si se tiene en cuenta que tales sociedades jamás han estado sujetas a la inspección, vigilancia o control que ella ejerce.

Corrobora el planteamiento que se expone el hecho de que la referencia de la disposición a las sociedades no sometidas a la vigilancia del estado o que estándolo, la entidad respectiva no tenga dicha facultad, supone necesariamente el reconocimiento expreso de que la sociedad debe estar sujeta a la inspección o vigilancia del estado para que proceda la aplicación de la disposición, es decir que se trate de sociedades regulares. Ahora bien, como quiera que las sociedades de hecho no están sujetas a la inspección y vigilancia del estado habida consideración de que no son sujetos de derecho, tal como atrás se expresó, no procede la aplicación de la disposición.

Cabe agregar, que si se examinan las demás disposiciones de la ley 446 que asignaron competencia a esta Superintendencia ha de observarse que en ningún caso se refirió a las sociedades de hecho, lo cual pone de presente el querer del legislador en esta materia.

Con base en lo expuesto, se puede afirmar que la nueva función asignada a la Superintendencia de Sociedades en el artículo 138 de la ley 446, respecto a dirimir las discrepancias sobre la ocurrencia de las causales de disolución no procede respecto de las sociedades de hecho.

"(...)".

Valga traer a colación lo señalado por el artículo 2° de la Ley 1258 de 2008, en lo atinente con la sociedad por acciones simplificada, que de manera expresa consagra que "La sociedad por acciones simplificada, una vez inscrita en el Registro Mercantil, formará una persona jurídica distinta a sus accionistas."

Ahora bien, frente a las controversias que pudieren presentarse entre los asociados en el seno de la denominada sociedad de hecho, se debe recordar el Oficio 220-119090 del 15 de junio de 2017 (Solución de controversias en la Sociedad de Hecho), proferido por la Superintendencia de Sociedades, que en los apartes pertinentes a la letra dice:

"(...)

“1.- ¿Tiene la Superintendencia de Sociedades facultades jurisdiccionales para dirimir conflictos de sociedades de hecho?

2.- Conforme a lo dispuesto en el literal a) del numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso, “la Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia societaria, referidas a (...) las controversias relacionadas con el cumplimiento de los acuerdos de accionistas y la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos” ¿Esta normativa aplica a las sociedades de hecho?

3.- Conforme a lo dispuesto por el literal b) del numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso: La Superintendencia de sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia societaria, referidas a (...) la resolución de conflictos societarios, las diferencias que ocurran entre los accionistas, o entre estos y la sociedad o entre estos y sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral ¿esta normativa aplica a sociedades de hecho?

Bajo la premisa enunciada procede efectuar las siguientes consideraciones generales de orden normativo y conceptual:

En primer lugar, se tiene que, de acuerdo con las disposiciones legales aplicables, en particular las contenidas en los artículos 489 y siguientes del Código de Comercio, por sociedad de hecho se entiende aquella en la que el acuerdo de voluntades de conformar la sociedad, celebrado con el cumplimiento de los requisitos de existencia y validez, no se eleva a escritura pública, razón por la cual carece de personalidad jurídica. Entre otras características, la demostración de su existencia goza de libertad probatoria; hay solidaridad entre “todos los socios de hecho” y las limitaciones a la responsabilidad se “entienden como no escritas”; la declaración judicial de nulidad no afecta los derechos de los contratistas terceros de buena fe, y ningún tercero puede alegar como acción o excepción que la sociedad es de hecho, ni la nulidad del acto constitutivo o sus reformas.

Así mismo, la sociedad de hecho carece de representante legal y su administración se lleva a cabo conforme a lo acordado por los socios; los bienes destinados al desarrollo del objeto social servirán para el pago preferente de los acreedores de la sociedad, salvo que se trate de créditos privilegiados o con prelación especial para el pago; la liquidación puede solicitarse en cualquier tiempo y realizarse por los socios, y como no está sometida a inspección, vigilancia y control del Estado, esta Entidad tampoco puede ejercer sus competencias administrativas respecto de la misma, todo ello conforme a las disposiciones de los artículos 498 y siguientes del Código de Comercio.

Por su parte, en cuanto a las atribuciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades enlistadas en el numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso, es de anotar que si bien los literales a) y b), no indican si se trata de las sociedades sometidas o no a su supervisión, como sí acontece con los literales c) y d), lo cierto es que en todo caso las controversias relacionadas con los acuerdos de accionistas y con el desarrollo del objeto social, giran en torno a sujetos de derecho, esto es, que se circunscriben a sociedades constituidas regularmente mediante escritura pública o documento privado debidamente registrado, según el tipo de sociedad de que se trate, aun cuando se hallen bajo supervisión de otra superintendencia distinta de la Superintendencia Financiera.

Esto es así, dado que si los socios no se avienen a cumplir los requisitos legales exigidos para conformar una persona jurídica distinta de ellos mismos, y por ende sometida a la regulación y supervisión del Estado, sus controversias tampoco trascienden al ámbito del interés público económico que subyace a la atribución a esta Superintendencia de las funciones jurisdiccionales previstas en los literales a) y b) del numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso, en armonía con el artículo 1.2.1.1 del Decreto 1074 del 26 de mayo de 2015.

Así las cosas, en concepto de este Despacho es dable concluir que para la solución de los conflictos que se presenten entre los comerciantes socios de hecho, habrá de acudir al juez civil, según las reglas de competencia establecidas en el Código General del Proceso”

(...)”.

Conforme lo expuesto a lo largo de este escrito y ubicados en el amplio escenario anterior, bajo una óptica jurídica que no admite interpretación diferente, es claro que la denominada “sociedad de hecho” no se encuentra sometida a la supervisión de la Superintendencia de Sociedades y, por ende, esta entidad no tiene competencia para emitir un pronunciamiento sobre las mismas.

Sin perjuicio de lo anterior, se expondrán algunas consideraciones generales sobre su consulta:

1.Conforme al artículo 498 del Código de Comercio, la sociedad de hecho no es persona jurídica, no forma una persona distinta de los socios individualmente considerados, los que de acuerdo con el artículo 501 del código citado, responden solidaria e ilimitadamente por las operaciones celebradas. Los derechos que se adquieran y las obligaciones que se contraigan para la empresa social, se entenderán adquiridos o contraídas a favor o a cargo de todos los socios de hecho y su existencia, podrá demostrarse por cualquiera de los medios probatorios reconocidos en la ley.

2.Consecuente con lo señalado en el artículo 505 del Código de Comercio, cada una de las personas que han entrado a formar parte de una sociedad de hecho, pueden solicitar en el momento que lo consideren pertinente su liquidación y que se les pague lo que les corresponda de acuerdo con su participación en la sociedad, sin que medie supervisión por parte de alguna autoridad administrativa.

Para el efecto, podrán todos los asociados nombrar un liquidador e iniciar el proceso liquidatorio a la luz de los lineamientos que indica el artículo 506 del tantas veces mencionado código. En efecto, debe darse aplicación en lo pertinente a los principios del Capítulo IX, Título I del Libro Segundo de la obra citada. Valga anotar que el liquidador nombrado “se presumirá que es mandatario de todos y cada uno de ellos, con facultades de representación”.

3. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad que tiene cualquier socio de solicitar a un juez, la liquidación de la sociedad en los términos del artículo 524 del Código General del Proceso.

4. Adicionalmente, en el evento de que cualquiera de los asociados fallezca, sus herederos deben dar inicio al respectivo proceso de sucesión bien ante un notario o un juez civil, trámite al que deben incluir los aportes efectuados a la sociedad y dentro del cual, los herederos debidamente reconocidos, podrán solicitarle al juez o mediante el trámite notarial correspondiente, la designación de un representante, valga decir que esté legitimado, para continuar el desarrollo de la actividad empresarial, o en su defecto, la liquidación de la sociedad de hecho, en la que previo el pago del pasivo externo, podrían acceder a la devolución de los remanentes sociales.

En los anteriores términos se ha respondido a su consulta, con los efectos descritos en el artículo 28 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no sin antes señalar que en la Página WEB de la Entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia, entre otros.