

009 RM. Impugnación de decisiones sociales.

Solicita Usted el concepto de esta Entidad sobre los interrogantes que transcribimos a continuación:

1. ¿A partir de qué momento se empieza a contar el término de dos meses de caducidad para la acción de impugnación de decisiones sociales, establecida en el artículo 191 del Código de Comercio?
2. Cuándo puedo iniciar la acción de impugnación antes señalada, ¿a partir de la fecha de la reunión en la cual se tomó la decisión, o, a partir de la inscripción del acto en el registro mercantil?

Nos permitimos dar respuesta a los mismos, en igual orden al utilizado por Usted:

1. El artículo 191 del Código de Comercio, establece la posibilidad para los revisores fiscales, los administradores y los socios ausentes o disidentes, de impugnar las decisiones del máximo órgano social, cuando las mismas no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos. Por vía de jurisprudencia, se ha aclarado la mencionada acción, en el entendido que la misma busca remediar los vicios de nulidad de las decisiones, más no aquellos relativos a ineficacias. Al respecto ha dicho el Consejo de Estado en sentencia del 28 de agosto de 1975, expediente 2133:

“(...) verificada la falta de quórum, esa misma circunstancia determina per se que el acto es ineficaz, o sea, que no puede producir ningún efecto. En tal virtud debe entenderse que el derecho de impugnación previsto en el artículo 191 del Código de Comercio sólo es ejercitable contra los actos viciados de nulidad, es decir, los que se adopten sin la mayoría requerida pero dentro de una reunión realizada con el quórum legal o estatutario, o excediendo los límites del contrato social”.

Las controversias que se susciten sobre decisiones ineficaces se tramitan ante la Superintendencia de Sociedades, sin perjuicio de que la misma no requiera declaración judicial. Dicha competencia se encuentra establecida en el párrafo del artículo 87 de la ley 222 de 1995¹ y el artículo 133 de la ley 446 de 1998².

¹ “Art. 87. (...) párrafo: Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 897 del Código de Comercio, la Superintendencia de Sociedades podrá, de oficio o a solicitud de parte, reconocer la ocurrencia de los presupuestos que den lugar a la sanción de ineficacia en los casos señalados en el libro segundo del Código de Comercio, en relación con sociedades no sometidas a la vigilancia o control de otra superintendencia”.

² “Art. 133. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 897 del Código de Comercio, las Superintendencias Bancaria, de Sociedades o de Valores podrán de oficio efectuar el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia previstos en el libro segundo del Código de Comercio. (...). En relación con las sociedades no vigiladas permanentemente por las referidas entidades, tal función será asumida por las referidas entidades.”

Sin embargo, este es no es un tema pacífico, puesto que hay quienes sostienen que además de la nulidad, también los actos ineficaces e inexistentes pueden ser susceptibles de impugnación.

Con relación al término de caducidad de dos meses establecido en la ley, de conformidad con el inciso segundo del artículo, se pueden presentar dos opciones:

- a. Que se cuente a partir de la fecha de la reunión, cuando se tomen decisiones que no deban ser inscritas en el registro público mercantil.
- b. Si el acto requiere ser inscrito en el registro mercantil por mandamiento legal, los dos meses deberán empezarse a contar a partir de la respectiva inscripción. Sin embargo, en esta caso surgen dos interrogantes adicionales:

- ¿Qué pasa cuándo el acto administrativo de inscripción fue impugnado mediante los recursos de la vía gubernativa? En este caso, como los mencionados recursos suspenden los efectos del acto administrativo en comento (Art. 55 Código Contencioso Administrativo), el término sólo podrá empezarse a contar desde la fecha en que se notifique el acto administrativo que pone fin a la vía gubernativa (Art. 44 y 61 Código Contencioso Administrativo). Lo anterior, se fundamenta en que, como ya dijimos, los recursos se concederán en el efecto suspensivo según el artículo 55 del Código Contencioso y que el acto sólo adquiere firmeza cuando los recursos interpuestos se hubieren decidido (Art. 62 Código Contencioso Administrativo). La doctrina colombiana acogiendo esta interpretación, ha dicho:

“Ahora bien, como el registro es un acto administrativo sujeto a recursos, es apenas obvio que si se formulan éstos, el término de caducidad sólo empezará a contarse una vez queden en firme las providencias administrativas que lo decidan”.(Gil Echeverry, Jorge Hernán. *Las Cámaras de Comercio y el Registro Mercantil*. Ed. Librería del Profesional, Bogotá, 1994. P. 203)

- ¿Qué pasa cuándo el acto debe inscribirse en varias cámaras de comercio? En nuestra opinión, el término se empieza a contar a partir de la primera inscripción, por cuanto, es a partir de la misma que se surten los efectos de oponibilidad. Además, se debe tener en cuenta que la primera cámara de comercio es la encargada de realizar el control de legalidad pertinente (Resolución No. 30475 de 2004 Superintendencia de Industria y Comercio).
2. Por regla general, el registro tiene simplemente efectos declarativos. En este orden de ideas, el contrato o la manifestación de voluntad surge a la vida jurídica una vez se produzca, con independencia del registro. Este último sólo viene a otorgar al acto o negocio un efecto adicional, y es el de la oponibilidad para con los terceros, quienes no podrán argumentar el

desconocimiento de aquello inscrito en el registro público mercantil. Este carácter eminentemente declarativo del registro, se pone de manifiesto en normas como las que transcribimos a continuación:

“Art. 29. El registro mercantil se llevará con sujeción a las siguientes reglas, sin perjuicio de las especiales que establezcan la ley o decretos reglamentarios: (...) 4. La inscripción podrá solicitarse en cualquier tiempo, si la ley no fija un término especial para ello; pero los actos y documentos sujetos a registro no producirán efectos respecto de terceros sino a partir de la fecha de su inscripción”.

“Art. 158. Toda reforma del contrato de sociedad comercial deberá reducirse a escritura pública que se registrará como se dispone para la escritura de constitución de la sociedad, en las cámaras de comercio correspondiente al domicilio social al tiempo de la reforma.

Sin los requisitos anteriores la reforma no producirá efecto alguno respecto de terceros. Las reformas tendrán efecto entre los asociados desde cuando se acuerden o pacten conforme a los estatutos”.

Sin embargo, por excepción, el registro mercantil tiene efectos constitutivos, es decir, que el acto o contrato sólo viene a producir efectos, incluso entre las partes que dieron origen al mismo, con la inscripción en el registro público mercantil. En este caso, la inscripción crea derechos o situaciones jurídicas nuevas. La doctrina, con relación al tema de las sociedades, ha señalado dos eventos en los cuales la inscripción tiene efectos constitutivos, a saber:

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

“Art. 366. La cesión de las cuotas deberá hacerse por escritura pública, so pena de ineficacia, pero no producirá efectos respecto de terceros ni de la sociedad sino a partir de la fecha en que sea inscrita en el registro mercantil”.

Es importante aclarar que en cuanto a la cesión, la misma sólo tiene efectos entre quienes hacen parte directa del negocio jurídico de cesión, pero no ante la sociedad ni ante terceros, sino hasta la fecha de la inscripción respectiva.

Con base en las anteriores aclaraciones, se puede decir que, por regla general, la acción de impugnación de las decisiones sociales, puede intentarse desde la fecha misma en que se realizó la reunión, con independencia o no de la inscripción en el registro público, pues la misma ya está produciendo efectos entre los asociados y la sociedad. Decir lo contrario, sería limitar el derecho de quien está sufriendo un perjuicio actual,

para acceder a la administración de justicia. Al respecto ha dicho el Dr. Jorge Hernán Gil, en la obra ya citada:

“Esta hipótesis (hace referencia a la suspensión provisional de una decisión impugnada antes de su inscripción) puede presentarse con mayor frecuencia de lo que se cree si tenemos en cuenta que para el ejercicio de la acción de impugnación es suficiente con que se haya tomado la decisión, independientemente de que ésta se encuentre registrada” (P. 217).

Sin embargo, en nuestra opinión, esta regla general no es aplicable cuando la inscripción en el registro tiene efectos constitutivos, puesto que la situación jurídica no ha nacido. En este caso, estamos frente a la ausencia de uno de los presupuestos materiales de la sentencia de fondo, como es el interés para obrar. Al respecto vale la pena traer a colación lo siguiente:

“Como características esenciales del interés jurídico, se anota que este debe ser: sustancial, subjetivo, concreto, serio y actual. (...)”

D) Actual

Porque si no existe en el momento crucial de la presentación de la demanda, que es el que perpetúa todo el aspecto fáctico temporal en el proceso, no se justifica que el órgano jurisdiccional cumpla un análisis del fondo del proceso determinando si existe o no la relación jurídica sustancial o el derecho subjetivo pretendido. Las simples expectativas y los eventuales o futuros derechos o perjuicios que pueden llegar a existir si advienen algún suceso incierto no son suficientes para acreditar un interés serio y actual para el pronunciamiento de mérito, porque no se encuentran objetivamente tutelados (...). No existe interés serio y actual, si tanto el hecho del que puede originarse el derecho y la obligación, como estos mismos son eventuales o inciertos o si se trata de simples expectativas que el derecho objetivo no tutela”³.

En conclusión, la acción de impugnación de decisiones sociales puede iniciarse desde la fecha misma de la reunión, a menos que se trate de aquellas decisiones respecto de las cuales el registro tiene efectos constitutivos, pues en estos casos, y en vista de que todavía no se ha producido ningún perjuicio, no podría proferirse sentencia de fondo por falta de interés jurídico para obrar.

Este concepto tiene los efectos establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

³ Prieto, Eugenio y Quintero, Beatriz. TEORIA GENERAL DEL PROCESO. Ed. Temis, 3ra edición, Bogotá D.C., 2000. P. 384.