

LAS FACULTADES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES EN LA LEY 1258 DE 2008. ¿UN EJEMPLO A SEGUIR?

Dra. LILIANA OTERO ÁLVAREZ

Fecha de recepción: 20 de abril de 2010 - Fecha de aceptación: 1 de julio de 2010

Resumen

La intención de este artículo consiste en tomar como ejemplo la Ley 1258 de 2008 que introduce modernos elementos en la ley de sociedades y que en ese sentido intenta extraer todo lo referente a la solución de conflictos en las Sociedades por Acciones Simplificadas, de los jueces ordinarios. Lo anterior para determinar si realmente la sustracción del conocimiento de los jueces ordinarios que hace esta ley es un ejemplo a seguir, es la solución efectiva a la congestión judicial y si cumple con la verdadera función de garantizar los principios constitucionales involucrados.

Para lo anterior tomaremos en primer lugar los aspectos constitucionales de la facultad de administrar justicia por parte de las autoridades administrativas, abordaremos los principios constitucionales del derecho procesal involucrados, las normas procesales de la Ley 1258 y por último haremos una confrontación de dichas normas con dichos principios.

Palabras claves: *Resolución de conflictos, Autoridades administrativas, Sociedades por Acciones Simplificadas.*

Abstract

The main purpose of this paper is to take as example the Colombian Act 1258 of 2008. This Law has introduced modern elements in the Companies regulation and in that sense; it has attempted to remove from the ordinary courts the conflicts resolution in Simplified Corporations. Having said that, this paper analyzes if the removal of the knowledge of ordinary judges that has being made by this law, is a convenient example to follow, an effective solution to judicial congestion and if this law is able to ensure the constitutional principles involved.

In this manner, as a first step in this document is being take in account the constitutional aspects of the power to judge by the administrative authorities, secondly, this paper considers the constitutional procedural principles involved, after that it is being discussed the procedural rules of 1258 Act, and finally it is make a comparison of the 1258 Act's procedural regulation with the constitutional principles.

Key Words: Administrative authorities, Conflicts resolution, Simplified Corporations

La Corte Constitucional colombiana hace la siguiente reflexión, que queremos tomar como punto de partida de este artículo: *“la administración de justicia no sólo reclama un juez conocedor de la problemática sobre la cual*

*debe emitir sus fallos, de juicio sereno, recto en todo sentido, con un acendrado criterio de lo justo, sino también de un juez objetiva e institucionalmente libre*¹.

La intención de este artículo consiste en tomar como ejemplo la Ley 1258 de 2008 que introduce modernos elementos en la ley de sociedades y que en ese sentido intenta extraer todo lo referente a la solución de conflictos en las Sociedades por Acciones Simplificadas, de los jueces ordinarios. Lo anterior para determinar si realmente la sustracción del conocimiento de los jueces ordinarios que hace esta ley es un ejemplo a seguir, es la solución efectiva a la congestión judicial y si cumple con la verdadera función de garantizar los principios constitucionales involucrados.

Para lo anterior tomaremos como en primer lugar los aspectos constitucionales de la facultad de administrar justicia por parte de las autoridades administrativas, abordaremos los principios constitucionales del derecho procesal involucrados, las normas procesales de la Ley 1258 y por último haremos una confrontación de dichas normas con los principios mencionados.

1. ASPECTOS CONSTITUCIONALES.

La norma cardinal que consagra entre nosotros la función jurisdiccional es el artículo 116 de la Constitución Política de 1991, dicha norma determina quiénes ejercen funciones de administración de justicia. De tal manera establece que la administración de justicia es ejercida de manera habitual y permanente por la rama judicial.

De acuerdo a este mismo artículo el Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales, haciendo referencia a las investigaciones en contra del Presidente de la República, contra los magistrados de las Altas Cortes y contra el Fiscal General de la Nación.

En el punto que nos interesa para el presente escrito el artículo en mención consagra que *“excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas”*.

Este precepto constitucional ha tenido desarrollo legislativo a través de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia Ley 270 de 1996² y su reforma Ley 1285 de 2009³.

Ese desarrollo legislativo ha sido el siguiente:

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

¹ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-141, 29 de marzo de 1995, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell, Expediente: D-701.

² Colombia, Congreso de la República Ley 270, marzo 7 de 1996.

³ Colombia, Congreso de la República Ley 1285, enero 22 de 2009.

En el examen constitucional previo que realiza la Corte Constitucional sobre las leyes estatutarias, la Corte en la Sentencia C-037 de 1996 consideró exequible esta previsión legal⁴.

En la reforma a la Ley 270 de 1996 por medio de la Ley 1285 de 2009, se introdujo la siguiente modificación:

*“(...) 2. Las autoridades administrativas **respecto de conflictos entre particulares**, de acuerdo con las normas sobre competencia y procedimiento previstas en las leyes. Tales autoridades no podrán, en ningún caso, realizar funciones de instrucción o juzgamiento de carácter penal;(...)”*. Resaltado fuera de texto.

Al hacer la revisión constitucional previa la Corte Constitucional en Sentencia C-713 de 2008⁵ sostuvo lo siguiente:

“(...) En el numeral 2º se inserta la expresión “respecto de conflictos entre particulares”, para señalar el ámbito dentro del cual las autoridades administrativas ejercen función jurisdiccional. (...)”

A juicio de la Corte, en cuanto concierne a los textos que se reproducen del artículo 13 de la ley estatutaria actualmente vigente, como se dijo en la Sentencia C-037 de 1996, encuentran fundamento en el artículo 116 Superior, al referirse a las demás autoridades y personas que de conformidad con lo dispuesto en la Constitución se hallan facultadas para administrar justicia. Desde esa perspectiva la Corte no encuentra ningún reparo de constitucionalidad, dado que la norma bajo examen reitera las atribuciones previstas en el estatuto Superior.

2.- En el numeral 2º la expresión “respecto de conflictos entre particulares”, para señalar el ámbito dentro del cual las autoridades administrativas ejercen función jurisdiccional, se encuentra en consonancia con el inciso tercero del artículo 116 de la Constitución, en el sentido de que “excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas”.

La atribución de competencia jurisdiccional a las autoridades administrativas hace parte de la libertad de configuración del Congreso en esta materia, siempre bajo el supuesto de su carácter excepcional y al margen de los asuntos de índole penal. En la norma bajo examen su alcance restringido a las controversias entre particulares se explica por la necesidad de que las autoridades administrativas cumplan el rol de un tercero neutral con las facultades propias de un juez, en concreto las de autonomía e independencia. Con ello se asegura entonces una autonomía objetiva en la toma de decisiones judiciales, sin perjuicio de la potestad que conserva el Legislador para asignar nuevas funciones de esta naturaleza dentro de los límites que le fija la Carta Política.

⁴ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-037, 5 de febrero de 1996, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa, Expediente: P.E. 008.

⁵ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-713, 15 de julio de 2008, Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández, Expediente: P.E. 030.

Ahora bien, se hace necesario que en cada caso en particular el Legislador fije las condiciones bajo las cuales se garantiza la autonomía e imparcialidad para la toma de decisiones, como lo exige reiterada jurisprudencia sobre el particular. Decisiones que podrán ser susceptibles de impugnación ante las autoridades judiciales, según lo prevé el artículo 3º de este proyecto, y que en todo caso pueden ser impugnadas a través de la acción de tutela contra providencias judiciales, siempre y cuando se cumplan los requisitos para tal fin.

En este orden de ideas, se declarará la exequibilidad del inciso primero y de los numerales primero y segundo del artículo 6º del proyecto”.

De acuerdo a lo anterior, en nuestro sistema constitucional y su posterior desarrollo legal la facultad de administrar justicia está principalmente en cabeza de la rama judicial, en desarrollo del sistema tripartito de poderes y del sistema de pesos y contrapesos.

Sin embargo, la férrea división de poderes ha ido desdibujándose y se ha convertido en un sistema de colaboración entre los tres poderes.

Al respecto el autor Jorge Enrique Ibáñez Najar, sostiene que Colombia ha acogido la teoría de la unidad del poder público y los principios de distribución, colaboración armónica y equilibrio funcional, de tal manera que *“siendo el poder uno sólo y por lo tanto indivisible, que para efectos de su ejercicio se distribuye en órganos, a partir de 1936, Colombia abandonó la teoría de la división del poder y con ella la teoría de la separación de las partes en que resultaba dividido. En lo sucesivo, lo que se dividió fueron las funciones, por lo que se introdujo el criterio material para distinguirlas. Por eso, a partir de ese momento se dirá que los órganos del Estado tienen funciones separadas, pero que deben colaborar armónicamente entre todos ellos para su ejercicio”*⁶.

Continúa diciendo el mismo autor que *“por distribución y equilibrio de las ramas del poder ha de entenderse, entonces, esa combinación especial de las ramas que, a la vez que aleja el predominio de unas sobre otras o sumisiones entre las mismas, asegura, por medio de discretas injerencias de reacciones y contrapesos recíprocos, una relación permanente y una colaboración efectiva que las solidariza, como especies de un género único, en una acción armónica, no sólo de las ramas entre sí, sino de éstas, en su conjunto, con la conciencia y voluntad colectivas que constituyen su inspiración superior.*

*Se parte de una clasificación de las funciones del poder en grupos y de la localización de ellos en control u órganos distintos, cada cual con una cierta autonomía o efectiva independencia que consiste en la capacidad de cada rama para determinarse por sí a obrar sin dependencia de impulsos ajenos; así tenemos unas ramas independientes, separadas entre sí, pero que exigen una mutua y estrecha colaboración, que implican inclusive (...)”*⁷.

Dichos conceptos doctrinarios son recogidos por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional.

⁶ Ibáñez Najar, Jorge Enrique, *Estudios de derecho constitucional y administrativo*, Bogotá, Legis, 2007, p. 63.

⁷ *Ibidem*, p. 66.

En efecto, en Sentencia C-592 de 1992⁸ al analizar el artículo 32 del Decreto 2651 de 1991⁹ que traslada a la Superintendencia de Sociedades funciones que antes estaban asignadas a los jueces, la Corte afirmó que la excepción contenida en el artículo 116 de la Constitución comprende a las Superintendencias y concluyó que dichas facultades no vulneran la Constitución sino que por el contrario *“no resulta inconstitucional la norma por razón alguna, y se encuadra en la tendencia legislativa de los últimos años, recogida por el Constituyente según señalamiento anterior, de transferir decisiones a autoridades no judiciales, como superintendencias, notarías e inspecciones de policía, lo que permite una mayor eficiencia del también principio fundamental del régimen político, complementario del de la división de poderes, de la colaboración de los mismos, o de la unidad funcional del Estado.*

La misma Corte Constitucional se ha encargado de establecer las características que deben tener las autoridades administrativas cuando administran justicia”.

En este sentido en la Sentencia C-384 de 2000¹⁰ advirtió que el legislador goza de una libertad configurativa en cuanto la facultad de administrar justicia por parte de autoridades administrativas, sin embargo considera que tal libertad *“encuentra su límite tan sólo en los principios y normas constitucionales de obligatoria observancia. Dentro de esos límites, se encuentra, por ejemplo, el que fija el derecho a la igualdad. Así, no sería factible que respecto de situaciones procesales exactamente iguales, la ley definiera que en unas procede un recurso determinado y en las otras no”.*

Igualmente en Sentencia C-1641 de 2000¹¹ analiza los requisitos de imparcialidad e independencia de los funcionarios administrativos que ejercen atribuciones jurisdiccionales.

En efecto considera que de una lectura aislada y literal del artículo 116 parecería indicar que la ley puede atribuir funciones judiciales a cualquier autoridad administrativa, sin embargo, una interpretación constitucional sistemática lleva a la inevitable conclusión de que para que un funcionario administrativo pueda ejercer funciones jurisdiccionales debe contar con ciertos atributos de independencia e imparcialidad.

En conclusión de la Corte *“la ley puede conferir atribuciones judiciales a las autoridades administrativas, pero siempre y cuando los funcionarios que ejercen concretamente esas competencias no sólo se encuentren previamente determinados en la ley sino que gocen de la independencia e imparcialidad propia de quien ejercita una función judicial”*¹².

⁸ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-592, 7 de diciembre de 1992, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz, Expediente: D-070.

⁹ Colombia, Presidencia de la República Decreto 2651, noviembre 25 de 1991.

¹⁰ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-384, 5 de abril de 2000, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa, Expediente: D-2559.

¹¹ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-1641, 29 de noviembre de 2000, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, Expediente: D-2974.

¹² En el mismo sentido. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-141, 29 de marzo de 1995, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell, Expediente: D-701, en donde la Corte concluyó: *“No se garantiza una administración de justicia independiente e imparcial, si quienes intervienen en el proceso de juzgamiento son oficiales en servicio activo, esto es, funcionarios que tienen una relación de dependencia y subordinación, un vínculo jerárquico con la institución y específicamente con sus superiores jerárquicos,*

Adicionalmente en la Sentencia C-189 de 1998¹³ del Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, la Corte explicó las razones que explican por qué es necesario que quien dicta un acto jurisdiccional tenga los atributos de independencia e imparcialidad, de la siguiente manera:

“(...) el Estado de derecho implica también la idea de que toda controversia debe tener un final, pues de no ser así, tampoco habría justicia, ya que toda solución sería provisional y estaría sujeta a revisiones ulteriores, con lo cual el derecho dejaría de cumplir la función pacificadora que le es consustancial. ¿Cómo compatibilizar entonces el control a las autoridades con la necesidad de que el ordenamiento establezca un fin a las controversias? La respuesta dada por el constitucionalismo al anterior interrogante es la invención de la autonomía y la independencia judicial. En efecto, la independencia no es una garantía en beneficio del funcionario sino del ciudadano, pues se considera que el juez, al actuar exclusivamente con base en el derecho y gozar de independencia funcional, reúne los requisitos para que sus determinaciones, una vez decididos los recursos de ley, puedan ser definitivas, esto es, hacer tránsito a cosa juzgada, ya que se pueden presumir conforme al ordenamiento.

En ese orden de ideas, desde el punto de vista constitucional, la distinción entre acto administrativo y acto jurisdiccional es en el fondo el carácter definitivo o no de la decisión tomada por la autoridad estatal. Así, la ley puede atribuir fuerza de cosa juzgada a actos jurídicos proferidos por autoridades que reúnan los requisitos propios de un juez, esto es, que sean imparciales, independientes e inamovibles, mientras que vulneraría el principio según el cual todo acto estatal debe ser controlado que se diera esa misma fuerza a los actos de funcionarios organizados en una estructura administrativa, de suerte que se encuentran sometidos a instrucciones de sus superiores”.

Dentro de este contexto y siguiendo los lineamientos de la Corte Constitucional surge la posibilidad constitucional de trasladar de manera excepcional la facultad de administración de justicia a autoridades administrativas, por lo tanto, desde ya aceptamos la posibilidad abstracta de que otras autoridades diferentes a las jurisdiccionales ejerzan funciones judiciales, ya que tiene una expresa consagración constitucional.

2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Luego de ver el fundamento constitucional de la colaboración entre autoridades dentro de la cual cabe el ejercicio de funciones judiciales por autoridades administrativas, abordaremos algunos principios procesales que se encuentran en la Constitución Política de 1991, para analizarlos posteriormente a la luz de las normas que hemos tomado como ejemplo.

en virtud del ligamen del mando militar jerárquico, que supone que aquéllos están sometidos a la obediencia debida a que alude el artículo 91 de la Constitución Política.

En conclusión, la Corte reconoce que la Constitución Política establece de manera expresa e inequívoca la existencia de la Justicia Penal Militar y del respectivo Código Penal Militar, los cuales le dan sustento legítimo al fuero. Sin embargo, es igualmente claro que la Justicia Penal Militar y las normas que la regulan deben sujetarse a los principios de independencia, imparcialidad y objetividad, inherentes al debido proceso y al ejercicio de la función jurisdiccional.

¹³ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-189, 6 de mayo de 1998, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, Expediente: D-1859.

2.1. La independencia judicial

La consagración constitucional de este principio la encontramos en el artículo 228 de la Carta cuando consagra que *“La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes (...)”*. Igualmente podemos encontrar desarrollo del mismo en el artículo 230 de la misma Carta al afirmar que *“los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. (...)”*.

Este principio radica en la necesidad de evitar que las decisiones judiciales sean el resultado de mandatos o presiones sobre el funcionario que las adopta, impidiendo que el superior pueda influir en el sentido del fallo mediante órdenes de obligatorio cumplimiento por parte del inferior.

De acuerdo a la Doctrina este principio *“hace alusión a que los funcionarios encargados de administrar justicia no se vean sometidos a presiones o, como lo indica la norma bajo estudio, a insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive la misma rama judicial, sin perjuicio del ejercicio legítimo por parte de otras autoridades judiciales de sus competencias constitucionales y legales”*¹⁴.

2.2. Imparcialidad del juez

Surge como consecuencia de la independencia y hace parte del núcleo esencial del debido proceso, ya que la administración de justicia supone la presencia de un tercero imparcial, extraño a la causa y ajeno a las posiciones e interés de ellas.

2.3. El debido proceso

La Corte Constitucional ha definido el debido proceso como *“el derecho fundamental al debido proceso, como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los individuos, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley.*

*Entre las garantías mínimas objeto de protección, el artículo 29 de la Constitución Política consagra, entre otras, (i) el derecho de acceso a la administración de justicia ante el juez natural de la causa; (ii) el derecho a ser informado de las actuaciones que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una obligación o sanción; (iii) el derecho de expresar libre y abiertamente sus opiniones; (iv) el derecho de contradecir o debatir las pretensiones o excepciones propuestas; (v) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable y sin dilaciones injustificadas y, por supuesto, (vi) el derecho a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra”*¹⁵.

2.4. Libre acceso a la administración de justicia

¹⁴ Ramírez Gómez, José Fernando, *Principios constitucionales del derecho procesal colombiano*, Bogotá, Señal Editora, 1999, p. 124.

¹⁵ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-154, 24 de febrero de 2004, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis, Expediente: D-4733.

Este principio radica en que si el Estado monopoliza la administración de justicia, vedando la justicia privada, entonces debe reconocerle a los justiciables el derecho a reclamar esa función.

2.5. El principio de igualdad

En virtud de este principio se exige que las partes reciban un trato igualitario por parte del juez, que existan medios de ataque y defensa jurídicamente equiparables y además que se introduzcan mecanismos que hagan efectiva dicha igualdad cuando en la práctica se presentan situaciones que introducen desequilibrios.

2.6. Juez natural

De acuerdo con este principio, que hace parte del debido proceso, la ley determina el juez competente en cada caso particular teniendo en cuenta factores objetivos previamente establecidos y se proscriben los jueces ad hoc impuestos teniendo en cuenta factores diferentes a aquellos.

2.7. Impugnación

El artículo 31 de la Constitución Política consagra el principio de la doble instancia, sin embargo, deja al legislador la facultad de excluir algunas providencias judiciales de la posibilidad de la apelación o del grado jurisdiccional de la consulta.

Estos son algunos de los principios del derecho procesal que consagra nuestra Constitución y que creemos pueden estar involucrados en la administración de justicia por parte de las autoridades administrativas.

3. NORMAS PROCESALES DE LA LEY 1258 DE 2008

Las normas de la Ley 1258 de 2008¹⁶ de contenido procesal y que por tanto tienen relevancia para el presente artículo son las siguientes:

Artículo 24. *“Acuerdos de accionistas.*

Parágrafo 2. En las condiciones previstas en el acuerdo, los accionistas podrán promover ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del proceso verbal sumario, la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos”.

Artículo 40. *“Resolución de conflictos societarios. Las diferencias que ocurran a los accionistas entre sí, o con la sociedad o sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral, incluida la impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva con fundamento en cualquiera de las causas legales, podrán someterse a decisión arbitral o de amigables compondores, si así se pacta en los estatutos.*

Si no se pacta arbitramento o amigable composición, se entenderá que todos los conflictos antes mencionados serán resueltos por la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del proceso verbal”.

¹⁶ Colombia, Congreso de la República Ley 1258, diciembre 5 de 2008.

Artículo 42. *“Desistimiento de la personalidad jurídica. Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.*

La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el procedimiento verbal sumario.

La acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios será de competencia, a prevención, de la Superintendencia de Sociedades o de los jueces civiles del circuito especializados, y a falta de estos, por los civiles del circuito del domicilio del demandante, mediante el trámite del proceso verbal sumario”.

Artículo 43. *“Abuso del derecho. Los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. Se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para una tercera ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas. Quien abuse de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud del objeto.*

La acción de nulidad absoluta y la de indemnización de perjuicios de la determinación respectiva podrán ejercerse tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad. El trámite correspondiente se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades mediante el proceso verbal sumario”.

Artículo 44. *“Las funciones jurisdiccionales a que se refieren los artículos 24, 40, 42 y 43, serán ejercidas por la Superintendencia de Sociedades, con fundamento en lo previsto en el artículo 116 de la Constitución Política”.*

Algunos comentarios que podemos hacer sobre las normas transcritas.

En primer lugar el artículo 40 de la Ley 1258 consagra la posibilidad de acudir al arbitramento para dirimir las controversias que surjan entre los accionistas, la sociedad y los administradores. Este artículo en realidad no es una novedad en la medida que los conflictos societarios de por sí pueden ser sometidos a la justicia arbitral, aún para las sociedades tradicionales del Código de Comercio.

Sin embargo, surgen varios interrogantes, el primero de estos se refiere a que el artículo textualmente consagra *“podrán someterse a decisión arbitral o de amigables componedores, si así se pacta en los estatutos”*. De una lectura literal se llegaría la conclusión que sólo es posible acudir a la justicia arbitral por medio de una cláusula compromisoria incluida en los estatutos, no así sería posible acudir al compromiso ya que éste sería por fuera de los estatutos, a no ser que se hiciera una reforma estatutaria cuando ya se esté en presencia del litigio.

Otro interrogante que resulta es que se habla de todas las controversias y nos preguntamos si se incluyen aquí las controversias que incluyan pretensiones ejecutivas. Aquí creo que es necesario acudir a las normas generales por lo cual atendiendo a la arbitralidad objetiva consideramos que no serían posibles los procesos ejecutivos.

Al respecto el Tribunal Superior de Bogotá en Sentencia del 17 de febrero de 2010¹⁷ con ponencia del Magistrado Marco Antonio Álvarez Gómez consideró que *“no es, pues, tarea de los árbitros usar la fuerza del Estado para que se pague una obligación, aún contra la voluntad del deudor. Ni pueden los particulares, por sí y ante sí, invertir a otro particular para que haga uso de esa fuerza y la dirija contra otro particular en orden a que se cumpla un deber de prestación”*.

Por otro lado podemos analizar la regulación referente a la impugnación de actas. Lo primero que debemos resaltar es la previsión que trae la norma sobre la posibilidad de pactar arbitramento o amigable composición, para la solución de conflictos surgidos en la toma de decisiones en asambleas o juntas directivas.

La situación anterior a la Ley 1258 estaba regulada en el Código de Comercio y en el Código de Procedimiento Civil de la siguiente manera:

Artículo 194. *“Las acciones de impugnación previstas en este capítulo se intentarán ante los jueces, aunque se haya pactado cláusula compromisoria, y se tramitarán como se dispone en este mismo código y, en su defecto, en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil para los procesos abreviados”*.

Lo primero que debemos resaltar es que en la nueva legislación existe la posibilidad de pactar arbitramento para la impugnación de actas lo cual no es posible bajo el Código de Comercio, puesto que una cláusula de esta naturaleza es simplemente ineficaz.

Aquí ya se empiezan a vislumbrar las diferencias que queremos poner de presente.

Las sociedades civiles y las comerciales previstas en el Código de Comercio (las llamadas sociedades tradicionales) no pueden acudir ante la justicia arbitral para discutir las controversias que surjan por razón de las decisiones tomadas en asamblea de accionistas, juntas directivas o de socios, mientras que las sociedades por acciones simplificadas sí lo pueden hacer. Una distinción que a bien tiene hacer el legislador, pero una diferenciación que no tiene un fundamento que la justifique.

Por su parte el Código de Procedimiento Civil¹⁸ en sus artículos 408 y 421 regula el tema de la siguiente forma:

Según el artículo 408 *“Se tramitarán y decidirán en proceso abreviado los siguientes asuntos, cualquiera que sea su cuantía: 6. Impugnación de actos o*

¹⁷ Colombia, Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. Auto del 17 de febrero de 2010, Magistrado Ponente: Marco Antonio Álvarez Gómez, Expediente: 22200900512 01.

¹⁸ Colombia, Presidencia de la República Decreto 1400, agosto 6 de 1970.

decisiones de asambleas de accionistas, y de juntas directivas o de socios, de sociedades civiles o comerciales, cuando con ellos se contravenga la ley o los estatutos, y la correspondiente indemnización”.

Por otro lado el artículo 421 consagra el trámite de dicho proceso de la siguiente manera: *“La demanda de impugnación de actos o decisiones de asambleas de accionistas o de juntas directivas o de socios de sociedades civiles o comerciales, sólo podrá proponerse dentro de los dos meses siguientes a la fecha del acto respectivo, y deberá dirigirse contra la sociedad; si se tratare de acuerdos o actos sujetos a registro, el término se contará desde la fecha de la inscripción.*

En la demanda podrá pedirse la suspensión del acto impugnado; el juez la decretará si la considera necesaria para evitar perjuicios graves y el demandante presta caución en la cuantía que aquél señale. Este auto es apelable en el efecto devolutivo”.

De acuerdo a lo anterior las SAS deberán acudir a la Superintendencia de Sociedades de manera privativa y tramitar un proceso verbal sumario, siempre y cuando no se haya pactado cláusula compromisoria. Mientras que las llamadas sociedades tradicionales deberán acudir a la justicia ordinaria y tramitar un proceso abreviado.

Nuevamente vemos una diferenciación a la que no le vemos sustento jurídico, pero insistimos que el legislador en su soberanía bien podía hacerlo.

Sin embargo, siguen apareciendo las infundadas diferencias:

Las llamadas sociedades tradicionales acudirán al juez ordinario, por medio de un proceso abreviado, tendrán dos meses para interponer dicha acción y podrán solicitar como medida cautelar la suspensión provisional de la decisión.

Como ya lo dijimos las SAS deberán acudir a la Superintendencia de Sociedades, cuando no hayan pactado arbitramento, por el proceso verbal sumario y por tanto no será de aplicación el artículo 421 del Código de Procedimiento Civil.

Así las cosas debemos preguntarnos qué sucede con el término de dos meses y con la medida cautelar.

Frente a la medida cautelar de suspensión provisional debemos decir que en nuestro sistema las medidas cautelares son taxativas esto quiere decir que únicamente proceden en los procesos en que son debidamente autorizadas, por lo tanto consideramos que en un proceso verbal sumario no será posible aplicar esta medida cautelar prevista para los procesos abreviados de impugnación de actas.

Igualmente sucederá si se acude a un tribunal de arbitramento, de acuerdo con el Decreto 1818 de 1998, según el cual sólo proceden las medidas cautelares del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto al término de 2 meses para intentar la acción, nada dice la ley 1258, por tanto podría pensarse que deberían aplicarse las normas generales de prescripción contenidas en la legislación civil, sin embargo, consideramos

que se trata de la misma acción, aunque se siga un procedimiento distinto, por tanto, podemos concluir que el término será el mismo.

En suma, tenemos que un ciudadano que sea socio de una SAS y a su vez de una sociedad tradicional tendrá dos procedimientos distintos, dos jueces distintos y consecuencias procesales distintas frente a la misma situación de hecho. Lo cual es absolutamente válido desde el punto de vista constitucional y legal, pero va en contra de las nuevas tendencias del derecho procesal en las que se pretende la unificación de procedimientos.

Adicional a esto tenemos el artículo 137 de la Ley 446 de 1998¹⁹ que consagra que *la impugnación de actos o decisiones de Asamblea de Accionistas o Juntas de Socios y de Juntas Directivas de Sociedades vigiladas por la Superintendencia de Sociedades, podrán tramitarse mediante el proceso verbal sumario ante dicha Superintendencia.*

Con todo, la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven del acto o decisión que se declaren nulos será competencia exclusiva del Juez’.

De esta manera encontramos otra regla de procedimiento que como lo dijimos anteriormente va en contra de la simplificación a la que propenden las nuevas tendencias del derecho procesal.

4. CONFRONTACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES DE LA LEY 1258 DE 2008 CON LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.

Al comentar en el punto anterior las normas de contenido procesal de la Ley 1258 hemos hecho unos comentarios acerca de su inconveniencia por cuanto genera una serie de multiplicidad de procedimientos para las sociedades tradicionales y las SAS, sin embargo, en este capítulo, analizaremos si estas normas son además violatorias de algún principio constitucional o si por el contrario son válidas a la luz de nuestra Constitución.

Hemos mencionado algunos de los principios procesales que contiene nuestra Carta Política ahora contrastémoslos con las normas procesales de la Ley 1258.

En cuanto a la independencia judicial se refiere hemos dicho que este principio radica en que el funcionario judicial no esté sometido a órdenes de ningún tipo, lo cual se garantiza plenamente en bajo la estructura de la rama judicial.

“A este respecto la Doctrina ha dicho que la independencia se materializa por un lado con la llamada independencia personal, es decir, la inamovilidad o garantía de permanencia en el cargo, por otro lado la independencia interna, es decir la autonomía en el ejercicio de la jurisdicción y por último la independencia externa entendida como la autonomía de la judicatura como órgano frente a los demás órganos del Estado”²⁰.

¹⁹ Colombia, Congreso de la República Ley 446, julio 7 de 1998.

²⁰ Tomado de Rojas Ríos, Alberto, “Crisis del concepto de jurisdicción en Colombia. Riesgos y desafíos” en *30 Congreso de derecho procesal*, Bogotá, Universidad Libre de Colombia. 2009, p. 786.

Habría que preguntarse si en una estructura como la Superintendencia de Sociedades está garantizada la total independencia de los funcionarios que administren justicia.

Esta pregunta va muy de la mano del siguiente principio a analizar como lo es la imparcialidad del juez, cuya importancia radica en la neutralidad del tercero que resuelve el conflicto.

Al respecto de estos dos principios la Corte Constitucional en la Sentencia C-384 de 2000²¹, ya citada, analizó las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia Bancaria²² de la siguiente manera:

“(…) bien puede la ley atribuir funciones judiciales a las superintendencias, tal y como lo hacen las disposiciones acusadas. Sin embargo, el actor acierta en señalar que en determinados casos, el ejercicio de esas competencias judiciales por esas entidades es susceptible de desconocer el debido proceso, pues si el funcionario que debe decidir judicialmente un asunto en esa entidad se encuentra sometido a instrucciones al respecto por sus superiores, o tuvo que ver previamente con la materia sujeta a controversia, es obvio que no reúne la independencia y la imparcialidad que tiene que tener toda persona que ejerza una función jurisdiccional en un Estado de derecho (CP art. 228). (…)

22- Ahora bien, en desarrollo de la atribución referente al control, vigilancia y supervisión por parte de la superintendencia bancaria, esta instruye a las instituciones sujetas a control, sobre la manera como se debe asegurar el cumplimiento de la actividad, fija criterios técnicos y jurídicos, practica inspecciones, establece los parámetros para asegurar el cumplimiento de las normas, todo lo cual, sin lugar a dudas, la obliga a tomar una posición frente a

²¹ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C- 384, 24 de febrero de 2004, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis, Expediente: D-4733.

²² El texto de la norma acusada era el siguiente *Artículo 146 Ley 448 de 1998. Atribución excepcional de competencia a la Superintendencia Bancaria. En aplicación del artículo 116 de la Constitución Política, los clientes de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria podrán a su elección someter a conocimiento de esa autoridad, los asuntos contenciosos que se susciten entre ellos y las instituciones financieras y entidades aseguradoras sobre las materias a que se refiere el presente artículo para que sean fallados en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez.*

En desarrollo de la facultad jurisdiccional atribuida por esta ley, la Superintendencia Bancaria podrá conocer de las controversias que surjan entre los clientes y las entidades vigiladas relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión del ejercicio de la actividad financiera, aseguradora o previsional.

Sin perjuicio de lo anterior, sólo podrán someterse a dicha competencia jurisdiccional los asuntos sin cuantía determinable y aquellos cuyo valor no exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales vigentes mensuales.

Con todo, la Superintendencia Bancaria no podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo. Tampoco podrán ser sometidas a su competencia acciones de carácter penal, sin perjuicio de la obligación de informar y dar traslado a la jurisdicción competente de eventuales hechos punibles de los cuales tenga conocimiento, en cuyo caso el trámite ante la Superintendencia quedará sujeto a prejudicialidad.

Parágrafo. La anterior atribución de funciones jurisdiccionales comenzará a regir seis (6) meses después de la entrada en vigencia de la presente ley. Para tal efecto, el Gobierno Nacional tendrá la facultad de incorporar al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero las disposiciones previstas en esta ley relativas a la Superintendencia Bancaria y podrá modificar la estructura y funciones de la misma, con el exclusivo propósito de efectuar las adecuaciones necesarias para darle eficaz cumplimiento. Así mismo, la Superintendencia Bancaria podrá instruir sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan esta facultad, para lo cual deberá establecer un procedimiento sencillo y claro de acceso a su competencia.

las entidades, que a la postre condiciona el ejercicio imparcial de sus atribuciones jurisdiccionales en estos puntos.

23- Considera la Corte que la función de inspección, control y vigilancia permite a las superintendencias dar instrucciones que comprometen un criterio de imparcialidad para juzgar posteriormente los asuntos previstos en el artículo 51 de la Ley 510 de 1999 porque, como bien lo señala el demandante, su actuación estará sujeta a esos pronunciamientos anteriores, lo cual sin duda vulnera los artículos 228 y 229 de la Constitución, en consonancia con el artículo 29 ídem. (...)

26- El criterio de independencia también resulta afectado toda vez que el funcionario administrativo investido de funciones judiciales, está supeditado a los derroteros establecidos por el superintendente, quien ha tenido injerencia previa y directa en el desarrollo de las funciones de control, inspección y vigilancia. De esta manera, el mecanismo adoptado por el legislador es válido, pero resulta inocuo para casos donde no se garantiza ni la independencia ni la autonomía a que se ha hecho referencia.

Sin embargo, en esta ocasión, sucede lo contrario: las directrices administrativas de inspección, control y vigilancia dadas por las superintendencias limitan una actividad jurisdiccional posterior de la misma entidad, toda vez que ya hay una posición previa de la entidad en relación con las actividades que ahora tiene que juzgar. (...)

En cuanto a las facultades inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades, este mismo organismo en Oficio 220-053997 del 13 de noviembre de 2007 afirmó lo siguiente:

“(...) 6. Las facultades con que cuenta la Superintendencia de Sociedades en virtud de la inspección, se circunscriben a la posibilidad de solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional la información relacionada con la situación jurídica, contable, económica y administrativa de las sociedades no vigiladas por la Superintendencia Financiera, así como a la viabilidad de practicar visitas administrativas.

7. Las atribuciones que ostenta la Superintendencia de Sociedades en razón de la vigilancia son además de las consagradas para el grado de inspección, las contenidas en el artículo 84 de la Ley 222 de 1995, entre las que se encuentran las de autorizar la emisión privada de bonos, la de enviar delegados a las reuniones de asamblea de accionistas o junta de socios, la de verificar que las actividades que se desarrollen estén dentro del objeto social, la de decretar la disolución y ordenar la liquidación cuando se cumplan los supuestos previstos en la ley y en los estatutos, la de designar al liquidador en los casos previstos en la ley, la de autorizar reformas estatutarias de fusión y escisión, etc.

8. Las funciones con que cuenta la Superintendencia de Sociedades con ocasión del control, son además de las señaladas en los artículos 83 y 84 de la Ley 222 de 1995 para los niveles de inspección y vigilancia, las establecidas en el artículo 85 de la citada ley, entre las que se cuentan la de promover la presentación de planes y programas encaminados a mejorar la situación que dio lugar al control, la de autorizar cualquier reforma estatutaria, la de autorizar

cualquier colocación de acciones y verificar que la misma se efectúe conforme a la ley y al reglamento correspondiente, la de ordenar la remoción de administradores, revisor fiscal y empleados, cuando se presenten irregularidades.(...)”.

Este artículo no pretende ser un examen de constitucionalidad de las normas procesales de la Ley 1258, sin embargo, queremos dejar planteado el interrogante sobre si los funcionarios de la Superintendencia de Sociedades que ejercen funciones de inspección, control y vigilancia puedan ser verdaderos terceros neutrales a la hora de dirimir un conflicto investidos de la función jurisdiccional.

Otro principio que consideramos pertinente analizar es el principio de igualdad, en la medida que como lo hemos dicho un ciudadano que se encuentra en las mismas circunstancias de hecho estará sometido a consecuencias jurídicas diversas.

Si en estricto sentido se aplica el test de igualdad no estaríamos exactamente ante una violación de este principio, por cuanto los ciudadanos están en situaciones de hecho distintas por la modalidad de sociedad que han escogido.

Sin embargo, como lo dijimos anteriormente más allá de un juicio de inconstitucionalidad, consideramos que es inconveniente al crear tan diversos mecanismos procesales.

En cuanto al principio del juez natural la Ley 1258 se limita a decir que las facultades jurisdiccionales serán ejercidas la Superintendencia de Sociedades, sin determinar qué funcionario dentro de todo el organigrama será quien dirima el conflicto. Nos queda la duda si por medio de decretos, instrucciones internas o circulares se pueda determinar el juez natural, el cual debe ser claramente determinado por factores objetivos y expresamente consagrados en la ley.

Frente a los principios de libre acceso a la administración de justicia, el debido proceso y la impugnación, consideramos en principio que no se ven vulnerados por las normas que hemos escogido de ejemplo como todas aquellas que otorgan facultades jurisdiccionales a las autoridades administrativas.

Como conclusión podemos decir que entendemos el espíritu del legislador al pretender un juez especializado, que conozca de cerca los novedosos y específicos temas que se puedan presentar en el cambiante campo del derecho societario, sin embargo, crear procedimientos paralelos dificulta la actividad del ciudadano del común que se enfrenta a un sinnúmero de normas con distintas consecuencias.

Dejamos planteada la posibilidad de la inconstitucionalidad de algunas de las normas de contenido procesal de la Ley 1258 de 2008, sin embargo, consideramos que al legislar de manera fraccionada se generan multiplicidad de procedimientos, normas y consecuencias que van en contra de las tendencias del derecho procesal y que no contribuyen a una eficaz administración de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- Ibáñez Najar, Jorge Enrique, *Estudios de derecho constitucional y administrativo*, Bogotá, Legis, 2007.
- Ramírez Gómez, José Fernando, *Principios constitucionales del derecho procesal colombiano*, Bogotá, Señal Editora, 1999.
- Reyes Villamizar, Francisco, *SAS La Sociedad por Acciones Simplificada*, Bogotá, Legis, 2009.
- Rojas Ríos, Alberto, "Crisis del concepto de jurisdicción en Colombia. Riesgos y desafíos" en *30 Congreso de derecho procesal*, Bogotá, Universidad Libre de Colombia.

LIBRERÍA EDICIONES DEL PROFESIONAL LTDA.

© Librería Ediciones del Profesional Ltda.
Calle 12, No. 5-24, Tel. 2433482, Bogotá, D.C., Colombia,
Dirección Postal
Instituto Colombiano de Derecho Procesal
Calle 67, No. 4A-09, Tel. [3104406](tel:3104406) - Fax. [3104489](tel:3104489)
Bogotá, D.C., Colombia,

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en EDITORIAL ABC.
ISSN 0123-2479

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por medio de cualquier proceso, reprográfica o fónica, especialmente por fotocopia, microfilme, offset omimeógrafo.

Esta edición y características gráficas son propiedad de librería ediciones del profesional Ltda.