

OFICIO 220-120084 20 DE MAYO DE 2024

ASUNTO: ALGUNOS ASPECTOS NORMATIVOS SOBRE LAS REUNIONES SEGUNDA CONVOCATORIA

Acuso recibo del escrito citado en la referencia con el cual presenta una consulta en los siguientes términos:

"Quisiera un concepto de esa Superintendencia, frente al carácter imperativo o no, del artículo 429 del C. de Comercio como quedó reformado por el artículo 69 de la Ley 222 de 1995, en cuanto al tiempo de la reunión de segunda convocatoria, esto es ¿podría estipularse en los estatutos de la SOCIEDAD ANONIMA que la reunión de segunda convocatoria se realice dentro de la hora siguiente a la hora de la primera convocatoria y no como lo indica el artículo de no antes de 10 ni más de 30?"

Antes de resolver lo propio, debe reiterarse que la competencia de esta Entidad es eminentemente reglada y sus atribuciones se hayan enmarcadas en los términos del numeral 24 del artículo 189 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 82, 83, 84, 85 y 86 de la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1736 de 2020, modificado por el Decreto 1380 de 2021.

Así, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1736 de 2020, es función de la Oficina Asesora Jurídica de esta Entidad absolver las consultas jurídicas externas en los temas de competencia de la Superintendencia de Sociedades, salvo las que correspondan a actuaciones específicas adelantadas por las dependencias de la Entidad y, en esa medida, emite un concepto u opinión de carácter general y abstracto que como tal no es vinculante ni compromete su responsabilidad.

Con el alcance indicado, este Despacho procede a responder su consulta en los siguientes términos:

En primer lugar, es preciso recordar que por medio de Oficio 220-040684 del 23 de agosto de 2007, esta Oficina, en torno al carácter imperativo de las normas, expuso lo siguiente:

"(...) la legislación comercial tiene reglamentaciones de muy diversa índole, las que imponen prohibiciones, obligaciones y sanciones y otras que operan solo en silencio de las estipulaciones contractuales de los comerciantes. Bajo esta perspectiva, la interpretación de las normas supone distinguir en cada caso, cuál es la clase de norma aplicable.

Normas Imperativas: son aquellas que en su misma esencia son obligatorias, no solo se inspiran en los principios generales derivados de la noción de orden público, la seguridad del estado, las buenas costumbres, sino que tienden a moralizar y a proteger la profesión del comercio. Las que determinan las condiciones de validez de los contratos, imponen obligaciones a los profesionales

del comercio, exigen solemnidades para la celebración de ciertos actos o las que imponen sanciones por el incumplimiento de exigencias o requisitos legales.

Las normas dispositivas: cumplen solo una función enunciativa o reglamentaria y son numerosas en la legislación comercial. Dichas normas pueden proveer por vía principal o exclusiva o por vía simplemente supletiva, según que tengan por objeto cuestiones ajenas a la voluntad del comerciante o que versen sobre asuntos en las que los particulares pueden proveer directamente por medio de pactos o acuerdos. Corresponden a la primera clasificación las que hacen la calificación de los actos de comercio, describen los contratos nominados, organizan instituciones comerciales como las cámaras de comercio. De la segunda subespecie son aquellas en las que se provee a falta de estipulación en contrario, estas normas se denominan supletivas porque solo rigen en defecto de las normas convencionales aplicables, pues la ley misma garantiza la libertad de los particulares para regular sus propios intereses a través de acuerdos de voluntades como verdadera fuente de derecho, en cuanto se ajuste al orden público y a las buenas costumbres, por lo cual, estas normas supletivas no son sino una fuente subsidiaria de derecho sobre la cual prevalece la voluntad de los contratantes cuando además tiene causa y objeto lícitos, si se expresa con sujeción a las normas imperativas de la ley que son límites que no se pueden rebasar contractualmente porque en su observancia está comprometido el orden público.

Ahora bien, para deducir si la norma legal es imperativa o dispositiva, es necesario establecer la finalidad substancial de cada precepto, si se trata de normas cuya infracción quebranta el orden público, en sus diversos aspectos, de la seguridad del estado, la protección de los terceros y las buenas costumbres, debe considerarse como imperativa. En los demás casos serán dispositivas, las que a su vez serán supletivas cuando regulan la actividad de los particulares exclusivamente en relación con sus intereses patrimoniales que solo comprometan esos intereses particulares y deje a salvo el interés del orden general protegido por las normas imperativas.”.

Así mismo, esta Oficina Asesora Jurídica por Oficio 220-123839 del 12 de noviembre de 2019, tuvo la oportunidad nuevamente de referirse sobre el alcance de las normas de imperativas, en los siguientes términos:

“(…)

1. “¿El procedimiento estatuido en los artículos 225 y siguientes del Código de Comercio para la liquidación de las sociedades comerciales es de Orden Público?”

Las normas del Código de Comercio que regulan la liquidación del patrimonio social, son imperativas, toda vez que está involucrado el orden público y las buenas costumbres, su aplicación es necesaria para el cuidado del orden político, social y económico del país (orden público económico) fijado por el Estado y en consecuencia no les interesa la voluntad de las partes dado que no admiten pacto en contrario.

Las normas de orden público se contraponen a las normas dispositivas que son aquellas en las que existe un amplio margen de maniobra dentro de la libertad contractual.

La jurisprudencia y la doctrina se han ocupado de este tema así:

1. Sentencia – Corte Constitucional T-597/95 MP: José Gregorio Hernández

"(...) En las leyes debe distinguirse con claridad entre aquellas de sus normas que son imperativas para sus destinatarios, es decir las que se imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas, de las que tienen un carácter apenas supletorio de la voluntad de los sujetos a quienes se refieren, las cuales operan solamente a falta de decisión particular contraria, y también de las opcionales, esto es, las que permiten a los individuos escoger, según su deseo y conveniencias, entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas." (Negrilla fuera del texto).

2. Sentencia – Corte Suprema de Justicia - SC877-2018 Radicación No. 11001-02-03-000-2017-00080-00 23 de marzo de 2018. MP. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ.

"(...) Ahora bien, es preciso aclarar que el concepto de «orden público internacional» de un país no puede ser confundido con el de «orden público interno» de ese Estado, noción que según se ha explicado en la doctrina nacional «se refiere a las leyes imperativas en el derecho privado, las cuales no pueden ser desconocidas o derogadas por convenciones entre particulares, como lo dice, impropiamente, el artículo 16 del Código Civil. Estas leyes imperativas o de orden público tienen validez permanente y se oponen a las meramente supletivas o interpretativas de la voluntad de las partes que sólo rigen a falta de estipulaciones de los contratantes que modifican sus provisiones».¹

Ha distinguido la doctrina que existen dos tipos de normas imperativas, aquellas que se consideran de «orden público de dirección» y las de «orden público de protección». Mientras en las primeras, cuyo contenido puede ser político, económico o social, se condensan los principios fundamentales de las instituciones y la estructura básica del Estado o de la comunidad, las segundas fueron destinadas por el legislador a proteger un determinado sector, agremiación o grupo, y por ende, no representan los valores y principios fundamentales o esenciales del Estado, en los cuales se inspira su ordenamiento jurídico. (Negrilla fuera de texto).

3. Sentencia – Corte Suprema de Justicia – SC5327-2018 Radicación No. 68001-31-03-004-2008-00193-01 MP LUIS ALONSO RICO PUERTA del 13 de diciembre de 2018.

¹ HOLGUÍN HOLGUÍN, Carlos. La noción de orden público en el campo internacional, en: Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá, núm. 290-29 (agosto de 1990 a febrero de 1991), p. 9 y ss. (Cita que viene de la sentencia).

"(...) En desarrollo de la disposición comercial citada, y concerniente al inicial motivo de nulidad absoluta allí previsto, derivada de la vulneración de una «norma imperativa», cabe señalar que por tal puede entenderse aquella cuyo cumplimiento es absolutamente obligatorio, sin posibilidad de ser modificada por los destinatarios, o en otros términos, cuando es inadmisibles desatender sus imposiciones o prohibiciones de contravenir los niveles mínimos señalados por el ordenamiento jurídico para la defensa de los asociados.

Respecto de dicha significación, la Corte Constitucional, en fallo C-797-95, expuso:

«En las leyes debe distinguirse con claridad entre aquellas de sus normas que son imperativas para sus destinatarios, es decir las que se imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra, pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas, de las que tienen un carácter apenas supletorio de la voluntad de los sujetos a quienes se refieren, las cuales operan solamente a falta de decisión particular contraria, y también de las opcionales, esto es, las que permiten a los individuos escoger, según su deseo y conveniencias, entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas.»

Por tanto, como la facultad de los particulares para regular sus propios intereses no es ilimitada, sino supeditada a las prescripciones establecidas por el ordenamiento jurídico, al ser éstas inderogables, su transgresión puede generar consecuencias desfavorables, a menos que en ellas se establezca lo contrario.

De ahí que conforme al inciso 2o del artículo 6o del C.C., «en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa», todo lo cual concuerda con lo dispuesto en el artículo 899 del Código de Comercio citado." (Negrilla fuera del texto) La doctrina, por su parte ha expresado:

"(...) Las normas de orden público en Colombia son aquellas de obligatorio cumplimiento, que son inderogables por la autonomía de la voluntad (23). Se estructuran con el fin de otorgar un mínimo de condiciones jurídicas, sean de índole social, económica o política, para poder vivir en sociedad (24). Otra definición, devenida de una fuente internacional, a saber, el 'Libro Verde', dice que son aquellas de carácter imperativo cuyo objeto es velar por el orden social y económico de un Estado, donde normalmente se protege una parte débil y por esto las partes no pueden modular su aplicación (25)."²

(...)

Por su parte, el artículo 429 del Código de Comercio prescribe lo siguiente:

² Arango Grajales Maximiliano, "Las normas de aplicación imperativa en Derecho Internacional Privado: La visión del árbitro del comercio internacional" Revista Internacional De Arbitraje N°:20, Ene.-Jun./2014, Págs. 47-77 disponible en: http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rarbitraje&document=rarbitraje_f689af77c16402a8e0430a01015102a8

"ARTÍCULO 429. Si se convoca a la asamblea y ésta 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.

En las sociedades que negocien sus acciones en el mercado público de valores, en las reuniones de segunda convocatoria la asamblea sesionará y decidirá válidamente con uno o varios socios, cualquiera sea el número de acciones representadas." (Subrayado y negrilla fuera del texto)

Con base en las anteriores precisiones normativas, jurisprudenciales y doctrinales, es posible concluir que la estructura del precepto legal que regula las reuniones de segunda convocatoria, hace que la misma se identifique como una norma de carácter imperativo respecto de la cual no es posible pactar en contrario.

En este sentido, la disposición contenida en el artículo 429 del Código de Comercio es una norma imperativa, cuyos mandatos no se encuentran supeditados a la voluntad social ni pueden ser modificados por acuerdo entre los asociados, fijándose dentro de los estatutos sociales unos términos distintos a los prescritos por la norma.

Si bien el artículo 429 del Código de Comercio le permite un margen de libertad a los administradores, en cuanto a la fijación de fecha para la reunión de segunda convocatoria, siempre deberá establecerse dentro de los parámetros de la ley, puesto que la misma es clara al consagrar que "(...) 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".

Así las cosas, el máximo órgano social no pueda cambiar vía estatutaria la estructura normativa del referido artículo 429 para realizar la reunión de segunda convocatoria.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Se invita al usuario a consultar en nuestra página WEB www.supersociedades.gov.co los conceptos y normativa emitidos por la entidad, así como la herramienta tecnológica Tesauro.