Sentencia 2004-00289 de marzo 3 de 2011

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Ref.: Radicación 11001032400020040028901

Consejero Ponente:

Dr. Marco Antonio Velilla Moreno

Acción: Nulidad.

Actor: Camilo Gutiérrez Jaramillo

Bogotá, D.C., tres de marzo de dos mil once.

EXTRACTOS: «IV. Consideraciones de la Sala

Según el demandante, los apartes atacados de la Circular 4 de 2002 expedida por el superintendente de sociedades desconocen los artículos 84, 83 y 333 de la Constitución Política, por una parte, y los artículos 6º, 122 y 123 de la misma Carta, por la vía de la violación de los artículos 145 y 147 del Código de Comercio y, por errónea interpretación, el artículo 90 del Decreto 2649 de 1993.

Los apartes demandados de la Circular 4 de 2002 señalan:

2.5.4. Será necesario adjuntar una certificación del representante legal y del revisor fiscal en la cual conste que el máximo órgano social fue informado adecuadamente sobre la procedencia de los recursos con los cuales se pretende hacer el efectivo reembolso de los aportes. Además, deberá acreditarse la disponibilidad de los mismos, toda vez que la autorización que se imparte no debe estar sujeta a condición ni plazo alguno.

(...).

2.8. Documentos referentes a la idoneidad profesional, solvencia moral, experiencia e independencia, requeridos a quienes realicen los avalúos según lo dispuesto en el artículo 64 del Decreto 2649 de 1993.

(...).

2.11. Certificación suscrita por representante legal, contador y revisor fiscal, si lo hubiere, de la sociedad, empresa unipersonal o sucursal solicitante, en la que conste:

— El monto total capitalizado durante la existencia del ente económico, proveniente de la cuenta revalorización del patrimonio, el cual debe coincidir con el valor que se refleja en las cuentas de orden correspondientes.

— Que la disminución de capital con efectivo reembolso de aportes no proviene, total ni parcialmente, de la capitalización de la revalorización del patrimonio.

Los artículos 145 y 147 del Código Comercio establecen:

“ART. 145.—La Superintendencia de Sociedades autorizará la disminución del capital social en cualquier compañía cuando se pruebe que la sociedad carece de pasivo externo; o que hecha la reducción los activos sociales representan no menos del doble del pasivo externo, o que los acreedores sociales acepten expresamente y por escrito la reducción cualquiera que fuere el monto del activo o de los activos sociales.

Cuando el pasivo externo proviniere de prestaciones sociales será necesario, además, la aprobación del competente funcionario del trabajo.

(...).

ART. 147.—La reducción del capital se tendrá como una reforma del contrato social y deberá adoptarse y formalizarse como se ordena en este código”.

A su vez el artículo 90 del Decreto 2649 de 1993, vigente al momento en que fue expedida la circular atacada, señalaba:

“ART. 83.—Capital. El capital representa los aportes efectuados al ente económico, en dinero, en industria o en especie, con el ánimo de proveer recursos para la actividad empresarial que, además, sirvan de garantía para los acreedores.

El capital debe registrarse en la fecha en la cual se otorgue el documento de constitución o de reforma, o se perfeccione el compromiso de efectuar el aporte, en las cuentas apropiadas, por el monto proyectado, comprometido y pagado, según el caso.

Los aportes en especie se deben contabilizar por el valor convenido, o el debidamente fijado por los órganos competentes del ente económico y aprobado por las autoridades, si fuere el caso.

Se debe registrar por separado cada clase de aportes, según los derechos que confieran.

ART. 90.—Revalorizacion del patrimonio. La revalorización del patrimonio refleja el efecto sobre el patrimonio originado por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Su saldo solo puede distribuirse como utilidad cuando el ente se liquide o se capitalice su valor de conformidad con las normas legales”.

Las normas del Código de Comercio transcritas apuntan a preservar la prenda general de los acreedores, por lo cual la reducción del capital es tratada de manera especial en la legislación mercantil, de manera que para hacer una disminución de capital se requiere formalizarse como una reforma estatutaria, previa autorización de la Superintendencia de Sociedades, para lo cual deberá probar (i) que la sociedad carece de pasivo externo o (ii) que hecha la reducción los activos sociales representan no menos del doble del pasivo externo; o (iii) que los acreedores sociales acepten expresamente y por escrito la reducción cualquiera que fuere el monto del activo o de los activos sociales. Adicionalmente, si el pasivo externo proviene de prestaciones sociales se requiere también la autorización del Ministerio del Trabajo hoy Ministerio de la Protección Social.

A todo ello hay que añadir que el estatuto contable en sus artículos 83 y 90, no solo diferencia los conceptos capital y revalorización del capital sino que, siguiendo el criterio de protección de la prenda general de los acreedores del Código de Comercio, establece que la última cuenta citada simplemente refleja el efecto sobre el patrimonio originado por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, y que “su saldo solo puede distribuirse como utilidad cuando el ente se liquide o se capitalice su valor de conformidad con las normas legales”.

Es evidente que si bien la cuenta de revalorización del patrimonio puede ser capitalizada ello, conforme a las disposiciones contables y tributarias, no coincide con el concepto de aporte que los socios deben hacer para conformar una sociedad o incrementar el capital social.

Lo anterior implica, como bien lo señala la Superintendencia de Sociedades en la defensa del acto acusado, que la capitalización de la revalorización del patrimonio, como una simple reclasificación de cuentas que es (sic) no conlleva un incremento real del patrimonio, no constituye un aporte como tal y es por eso que incluirla en una disminución de capital con reembolso efectivo de aportes mediante la cual se hace entrega de activos a los socios o accionistas da lugar a una reducción de la garantía de los acreedores que no se fundamenta en un verdadero incremento de capital.

No puede la Sala aceptar el argumento del Ministerio Público conforme al cual el hecho de que en el 2007 al modificarse el artículo 90 del Decreto 2649 de 1993, se haya incluido expresamente la prohibición de que la capitalización de la cuenta de revalorización del patrimonio se utilice para disminuir el capital con efectivo reembolso de aportes a los socios o accionistas, significa que no existía anteriormente piso jurídico para esa restricción, pues si, como lo ha dicho esta corporación, “La reglamentación no se limita a la literalidad de la norma, sino, que debe ir a su contenido implícito, dilucidándolo, para que el reglamento no se convierta en copia servil de aquella”[(1)](http://nxt.legis.com.co/NXT/gateway.dll?f=xhitlist$xhitlist_x=Advanced$xhitlist_vpc=first$xhitlist_xsl=querylink.xsl$xhitlist_sel=id;path;content-type;home-title;item-bookmark$xhitlist_d=jurcol$xhitlist_q=%5bfield%20enlace:'bf1x8045ec4491534d5e9656562ff0558371nf9'%5d$xhitlist_md=target-id=bf1x8045ec4491534d5e9656562ff0558371nf9), el hecho de que en el 2007 se haya incluido expresamente la citada prohibición en el Decreto 2649 de 1993 simplemente expresa lo que ya sustentaban las normas comerciales sobre el tema, esto es, la protección de la prenda general de los acreedores, de manera que el numeral 2.11 de la circular demandada se limita a verificar que esa protección no se burle.

En cuanto a las exigencias del numeral 2.5.4 de la circular demandada, referentes a que el máximo órgano social haya sido informado adecuadamente sobre la procedencia de los recursos con los cuales se pretende hacer el efectivo reembolso de los aportes, y a la necesidad de acreditar la disponibilidad de los mismos, toda vez que la autorización que se imparte no debe estar sujeta a condición ni plazo alguno, la Sala no observa contravención alguna a las normas que se consideran vulneradas pues es evidente que si el máximo órgano social ha de aprobar una disminución del capital con efectivo reembolso de aportes, deba conocer exactamente la forma como se realizará la operación y la procedencia de los recursos para estar seguro de que por esa vía no se pone en peligro la prenda general de los acreedores ni se evita dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 90 del Decreto 2649 de 1993. Adicionalmente, el requisito de disponibilidad de los recursos no se refiere, como lo señala el actor, a una restricción de la autonomía de la voluntad para modificar los estatutos sociales, a la imposibilidad de que la administración imparta una autorización sometida a plazo o condición, pues no otra cosa significa la expresión “toda vez que la autorización que se imparte no debe estar sujeta a condición ni plazo alguno”.

En lo referente al numeral 2.8 de la normatividad atacada vale la pena transcribir el inciso 9º del artículo 64 del Decreto 2649 de 1993, cuyo texto, como estaba vigente al momento de proferirse la circular demandada, era del siguiente tenor:

ART. 64.—(...). “El valor de realización, actual o presente de estos activos debe determinarse al cierre del período en el cual se hubieren adquirido o formado y al menos cada tres años, mediante avalúos practicados por personas naturales, vinculadas o no laboralmente al ente económico, o por personas jurídicas, de comprobada idoneidad profesional, solvencia moral, experiencia e independencia. Siempre y cuando no existan factores que indiquen que ello sería inapropiado, entre uno y otro avalúo estos se ajustan al cierre del período utilizando indicadores específicos de precios según publicaciones oficiales o, a falta de estos, por el PAAG correspondiente”.

De lo anterior se desprende que la Superintendencia de Sociedades al solicitar los documentos referentes a la idoneidad profesional, solvencia moral, experiencia e independencia, requeridos a quienes realicen los avalúos, se limita a pedir que se demuestre el cumplimiento del artículo 64 citado, por lo cual tampoco ve allí la Sala un quebrantamiento del orden jurídico.

Así pues, para la Sala no es del caso acceder a las pretensiones de la demanda, como en efecto lo dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 3 de marzo de 2011».

(1) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Bogotá, D.E., primero de abril de mil novecientos ochenta y siete. Consejero Ponente: doctor José Joaquín Camacho Pardo, Expediente 110.