

LAS ACCIONES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA



LUIS ENRIQUE ARBOLEDA GIRALDO

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACION EN DERECHO COMERCIAL
2004**

LAS ACCIONES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA



LUIS ENRIQUE ARBOLEDA GIRALDO

DIRECTOR:

Dr. DARÍO LAGUADO MONSALVE

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACION EN DERECHO COMERCIAL**

2004

A mi esposa Elizabeth,
A mis hijos Paula Andrea y Juan David,
por el tiempo sin compartir.
Al Dr. Darío Laguado Monsalve, su Director,
Por su tiempo compartido,
en aras de este opúsculo o su escaso mérito,
si es que alguno tiene.

TABLA DE CONTENIDO

LAS ACCIONES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

- 1. NOCIONES GENERALES**
- 2. HISTORIA**
 - 2.1 ASPECTOS HISTORICOS DE LA ACCION Y DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN COLOMBIA**
- 3. ETIMOLOGIA Y SENTIDO CORRIENTE DE LA PALABRA ACCION**
 - 3.1 SENTIDO DE LA PALABRA ACCION EN EL DERECHO**
- 4. DEFINICIÓN DE ACCIÓN EN DERECHO MERCANTIL**
- 5. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN**
- 6. CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN**
 - 6.1 ES UN TITULO-VALOR**
 - 6.2 ES UN TITULO DE EJERCICIO PERMANENTE O CONTINUADO**
 - 6.3 ES UN TITULO DE ASOCIACIÓN**
 - 6.4 ES UN TÍTULO FORMAL**
 - 6.5 ES UN TITULO COMPLEJO**

6.6 ES UN TITULO NOMINADO

6.7 ES UN TITULO NOMINATIVO

6.8 ES UN TITULO CAUSAL

6.9 ES UN TITULO SERIAL O DE MASA

6.10 ES UN TITULO INDIVISIBLE

6.10.1 VALOR DE LAS ACCIONES NO OBSTANTE SU INDIVISIBILIDAD

- EL VALOR NOMINAL

- EL VALOR INTRÍNSECO

- EL VALOR DE MERCADO

6.11 ES UN TITULO QUE CONTIENE UNA DECLARACIÓN DE REALIDAD

6.12 ES UN TITULO NEGOCIABLE SALVO LAS EXCEPCIONES LEGALES Y LAS ESTATUTARIAS AUTORIZADAS POR LA LEY.

6.12.1 EXCEPCIONES A LA LIBRE NEGOCIABILIDAD

7. CLASES DE ACCIONES

7.1 POR LA FORMA COMO SE EXPIDEN

7.1.1 ACCIONES NOMINATIVAS

7.1.2 ACCIONES AL PORTADOR

7.2 POR LOS DERECHOS QUE OTORGA

7.2.1 ACCIONES ORDINARIAS

7.2.2 ACCIONES PRIVILEGIADAS

7.2.3 ACCIONES CON DIVIDENDO PREFERENCIAL Y SIN DERECHO A VOTO

7.3 POR COMPENSACIÓN

7.3.1 ACCIONES DE GOCE O INDUSTRIA

7.4 ACCIONES SUSCRITAS

7.5 ACCIONES EN RESERVA

7.6 ACCIONES LIBERADAS

7.7 ACCIONES NO LIBERADAS

8. ACCIONES NEGOCIABLES EN BOLSA DE VALORES INMOVILIZADAS O DESMATERIALIZADAS.

8.1 EL MERCADO PÚBLICO DE VALORES

8.1.1 MERCADO BURSÁTIL

8.1.2 LA BOLSA DE VALORES

8.1.3 LAS SOCIEDADES COMISIONISTAS DE BOLSA

8.1.4 DEPÓSITOS CENTRALIZADOS DE VALORES PARA EMISIÓN DE ACCIONES INMOVILIZADAS O DESMATERIALIZADAS

8.2 VALORACIÓN DE LAS ACCIONES NEGOCIABLES EN BOLSA A PRECIOS DE MERCADO

8.3 NEGOCIACIÓN DE ACCIONES A TRAVÉS DE LA BOLSA DE VALORES

BIBLIOGRAFÍA

JURISPRUDENCIA

ANEXOS

LAS ACCIONES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

1 NOCIONES GENERALES:

La acción constituye el requisito esencial de la sociedad anónima, hasta el punto que sin acciones es viable la existencia de otra sociedad pero no la sociedad anónima, es por eso que el Artículo 373 del Código de Comercio al iniciar el tema de las sociedades anónimas dice: "La sociedad anónima se formará por la reunión de un fondo social suministrado por **accionistas** responsables hasta el monto de sus respectivos aportes; será administrada por gestores temporales y revocables y tendrá una denominación seguida de las palabras "sociedad anónima" o de las letras "S.A." (Las negrillas son nuestras)

Si la sociedad se forma, se inscribe o se anuncia sin dicha especificación, los administradores responderán solidariamente de las operaciones sociales que se celebren."

Y en el artículo 375 cuando dice: DIVISIÓN DEL CAPITAL EN ACCIONES: "El capital de la sociedad anónima se dividirá en **acciones** de igual valor que se representarán en títulos negociables.

Es decir, que un elemento característico y esencial de la Sociedad anónima lo constituye un fondo social o capital suministrado por accionistas y dividido necesariamente en acciones de igual valor.

Es por todo lo expuesto que el profesor Roberto Suárez Franco² citando a Garrigues dice: "la acción ha sido en todo tiempo el concepto central de la sociedad anónima hasta el punto de que en buen número de países este tipo social se conoce con el nombre de sociedad por acciones."- Garrigues.

² SUÁREZ FRANCO, Roberto. La acción en las sociedades anónimas. Universitas Ciencias Jurídicas y Socio Económicas No 23. Bogotá, Noviembre de 1962 Págs. 255

2 HISTORIA

Así como hemos dicho que no se puede concebir una sociedad anónima sin acciones, también podemos decir que el origen y la historia de la acción está íntimamente ligada al origen y evolución de la sociedad anónima, ésta surge cuando se crea la necesidad en el trato comercial de emprender grandes empresas que una sola persona no estaba dispuesta ni posibilitada para asumir el riesgo y el aporte de grandes capitales, pero igualmente la sociedad requería que los socios pudieran ser personas en cierta forma desconocidas en muchas ocasiones entre los mismos socios y es así como se da inicio a las sociedades de capital, donde no necesariamente requerían de la presencia del aportante de recursos para administrar la sociedad y mucho menos que la responsabilidad del mismo sobre pasara el monto de su aporte, es decir, surge como incentivo para el socio inversionista la limitación de su responsabilidad hasta el monto de sus aportes que en últimas es el único riesgo que asume.

El Profesor Francesco Galgano³ al respecto ha dicho: “ El origen de la sociedad por acciones coincide, históricamente, con los orígenes de la gran empresa. Las primeras grandes empresas de la era moderna, las compañías de las indias del siglo XVII, son al mismo tiempo las primeras formas de sociedades por acciones; en ellas aparecen, por primera vez, los caracteres propios de este tipo de sociedad, esto es, la limitación de la responsabilidad de los socios y la división del capital social en acciones.”

En sus inicios la acción fue un título de crédito cuya característica principal era que servía de prueba de la acreencia, y ha ido evolucionando de acuerdo con las necesidades del tráfico mercantil y la costumbre, hasta llegar hoy en día a ser un título tanto dispositivo como constitutivo.

³ GALGANO, Francesco. Derecho Comercial, Sociedades. Editorial Temis S.A., Bogotá, 1999 Pág. 211

El Profesor Roberto Suárez Franco trae dos tesis perfectamente válidas acerca del origen de la acción así:

- A) “según autores italianos la idea actual de la acción como parte del capital, se remonta a aquellas épocas en que las ciudades italianas, efectuaban a mediados del siglo XV, operaciones crediticias semejantes a las hoy llamadas empréstitos, destinadas a formar fondos comunes para solucionar necesidades públicas. Esa suma se fraccionaba en pequeñas cuotas iguales para dar mayor agilidad a la operación, a fin de que fuesen suscritas por los interesados a quienes se les entregaba un documento que acreditaba su inscripción en el libro respectivo, o en su defecto una especie de cupón denominado “Biglietti di cartulario”. El documento se limitaba a servir como instrumento de prueba, por que el hecho de aparecer registrado en el libro, era motivo suficiente para obtener los beneficios concedidos por el certificado.”
- B) “ Pero la mayoría de los autores no italianos disienten del origen anterior atribuido a la acción, y afirman que ella tuvo su nacimiento en Holanda a comienzos del siglo XVI, donde se le señaló una orientación semejante a la que hoy tiene entre nosotros: parte o fracción de una compañía mercantil. Ya en aquella época comenzaban a formarse empresas capitalistas para explotar a las Indias y a las demás colonias Europeas.

Estas acciones de las compañías mercantiles, daban derecho a solicitar los beneficios correspondientes, a quienes figuraban en el libro de registro. Pero debido a la evolución ocasionada por las necesidades comerciales más urgentes, sufrieron la metamorfosis de simples documentos probatorios o documentos de carácter dispositivo, que conceden a su titular el ejercicio y la transmisión de los derechos sociales”⁴

⁴ SUÁREZ FRANCO, Roberto. La acción en las sociedades anónimas. Universitas Ciencias Jurídicas y Socio Económicas No 23. Bogotá, Noviembre de 1962 Págs. 257-258

No tenemos ningún reparo en acoger las dos tesis sobre el origen de la acción por cuanto una de las cualidades especiales del derecho comercial es precisamente que de la costumbre en el tráfico y los negocios comerciales se van creando instituciones jurídicas que casi siempre no tienen un único origen, sino que se han surtido de las distintas costumbres en las diferentes regiones o países y de esta manera se va configurando una forma más evolucionada de hacer las cosas, hasta el punto que hoy podemos decir que existe una especie de derecho universal en la regulación de las acciones y de la sociedad anónima, con muy pequeñas variantes en las legislaciones internas de cada país.

2.1 ASPECTOS HISTORICOS DE LA ACCION Y DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN COLOMBIA

Teniendo en cuenta la importancia de la Sociedad Anónima en el tema que nos ocupa y su íntima relación con la acción de dicha sociedad, es importante resaltar como ya lo dijimos, que la historia de la sociedad anónima es la historia de la acción.

En Colombia el nacimiento de las sociedades industriales después de nuestra independencia tiene su origen en procesos de producción artesanal de muy bajo desarrollo técnico hasta comienzos del siglo XX, cuando algunos artesanos han acumulado el suficiente capital para unirse en un proyecto de empresa con procesos de producción mucho más técnicos, surgiendo en este campo las productoras de Cerveza, Tejidos y Cigarrillos, de esta manera la industria nacional de relativa importancia surge con Coltejer, Fabricato, Bavaria, Cementos Samper, Coltabaco y la Fábrica Nacional de Fósforos, empresas de Antioquia y Bogotá, cuyos capitales están conformados por comerciantes que tienen ahorros importantes provenientes de su actividad comercial y en otras ocasiones pequeñas empresas artesanales se han unido para conformar una industria que desarrolle el mismo tipo de actividad que ellos conocen y realizan a menor escala.

Para los años 1930, el desarrollo industrial del país aún estaba en sus inicios y fundamentalmente existía desconfianza por los inversionistas para constituir una sociedad anónima, para la época invertir en sociedades anónimas era sinónimo de pérdida, debido al desconocimiento que se tenía del funcionamiento de éstas sociedades por parte de los posibles inversionistas.

No obstante nuestro país comienza a crecer y como siempre ha sucedido el comercio cada vez requiere de más y mejores productos para satisfacer las necesidades de la población que va en aumento, se hace pues, necesario que las industrias existentes incrementen su producción para lo cual tienen que ampliarse, e igualmente por la fuerza de la demanda es obligatorio crear nuevas industrias, esto conlleva a la necesidad de nuevos y mas grandes recursos económicos, y para lograrlo nada mejor que la constitución de sociedades por acciones, por el hecho de permitir esta sociedad la inversión proveniente de un gran número de personas.

Se crea mediante la ley 58 de 1931 la Superintendencia de Sociedades y se dictan algunas normas relativas a la Sociedad Anónima, por que tanto el Ejecutivo como el Legislativo, son concedores de la importancia que tiene para el desarrollo del país la sociedad por acciones.

A finales de 1940 la Superintendencia ya ejercía control sobre 795 compañías, “Diez años después las estadísticas registraban el apareamiento de 564 nuevas sociedades que habían establecido su domicilio principal en el Valle del Cauca, Cundinamarca, y Antioquia preferencialmente”⁵

Nos queda absolutamente claro que esta forma de asociación a través de la suscripción pública de acciones, ha dado lugar al desarrollo de la grande industria, el comercio y los servicios en casi todos los países del mundo, de la cual no ha

⁵ NOGUERA CALDERÓN, Rodrigo y otros. La sociedad anónima evolución financiera en la década del setenta. Superintendencia de Sociedades tomo I. Bogotá, 1982 Págs.1

sido ajeno nuestro país, obligando a estas organizaciones a estar a la vanguardia de la tecnología y los avances de la ciencia, y facilitando que los capitales más pequeños se puedan aprovechar de semejantes ventajas que en otras condiciones sería casi imposible acceder a ellas.

3. ETIMOLOGIA Y SENTIDO CORRIENTE DE LA PALABRA ACCION

Antes de entrar en la definición de la ACCION, es importante conocer su etimología y sentidos, para lo cual hemos tenido en cuenta lo dicho por el Profesor Roberto Suárez Franco⁶ así:

“ La Palabra acción proviene de la acepción latina ACTIO del verbo agüere que quiere decir hacer en el sentido obrar. Tiene entre otros los siguientes significados:

1. Ejercicio de alguna potencia o facultad.
2. Efecto de hacer.
3. Operación. Obra.
4. Ademanos y gestos que acompañan las explicaciones y conversaciones en viva voz.
5. Facultad o posibilidad de ejecutar algo (en sentido familiar)”

3.1 SENTIDO DE LA PALABRA ACCION EN EL DERECHO

Continuando con la obra del profesor Suárez, dice que:

“A la esfera del derecho Sustantivo pertenecen estos significados:

⁶ SUÁREZ FRANCO, Roberto. ob. Cit., pág. 255

1. El derecho legítimo que tiene todo individuo como miembro de la colectividad, para que se le administre justicia....
2. Las partes alícuotas en que se divide el capital social de una sociedad de capitales (por excepción de personas) con arreglo a las cuales se determinan los derechos y se fijan las obligaciones de los accionistas. En los sentidos anotados la palabra acción viene a ser sinónima de derecho.

Son propios del derecho adjetivo (procesal) estos sentidos:

1. El acto de acudir a la autoridad competente particularmente como demandante, para que administre justicia.
2. Medio otorgado por la ley para hacer valer un derecho concedido por norma sustantiva.”⁷

4. DEFINICIÓN DE ACCIÓN EN DERECHO MERCANTIL

El doctrinante José Ignacio Narváez García⁸ dice que “una noción descriptiva podría bosquejarse así: Es un título transmisible y negociable que confiere a su propietario la calidad de accionista de la sociedad que lo emite”

Pese a que en su obra cita a Mario Oscar Kenny, José Ignacio Narváez no dice nada acerca del objeto de inversión en que se constituye la acción, observación que hace Kenny a los conceptos tradicionales de los demás tratadistas y que nos parece importante tener en cuenta.

⁷ SUÁREZ FRANCO, Roberto. ob. Cit., pág. 256

⁸ NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Las Sociedades por Acciones. Ediciones Doctrina y Ley., Bogotá, 1993 Pág. 24

El Profesor Roberto Suárez Franco⁹ citando a Paul Pic considera “la acción como una parte del capital social representada por un título transmisible y negociable y en que se materializa el derecho del asociado” y dice respecto de la definición de Paul Pic que: “Es a mi modo de ver completa esta definición, pues en ella se incluyen los tres sentidos anteriormente estudiados, que se le atribuyen a la palabra acción en el derecho comercial”

En este mismo sentido y teniendo como base la misma noción de Paul Pic acabada de citar, el doctrinante Gabino Pinzón¹⁰ comentando la misma dice: “noción en la cual conviene hacer resaltar los siguientes aspectos: el de la parte alícuota del capital social; el de conjunto de derechos derivados de esa parte o cuota del capital; y el título representativo de esos derechos del accionista, no aisladamente considerados, sino en su conjunto, como se sintetiza en el artículo 379 del Código de Comercio”

Coinciden estas nociones con la del Profesor Antonio Brunetti¹¹ cuando dice: “Precisamente por esta íntima relación entre obligación de aportar, derecho de participar y documento que incorpora el derecho y la obligación, la palabra “acción” asume en los textos tres significados distintos: a), de alícuota de capital social; b), de derecho de participación social; c), de título de crédito

Hemos dicho que la acción en materia mercantil está íntimamente ligada, nace y evoluciona con la sociedad anónima y pese a que los tratadistas no se han podido poner de acuerdo en una definición que satisfaga las diferentes tendencias, vemos que en su mayoría puntualizan y repiten las siguientes en sus variadas concepciones al decir que la acción es:

⁹ SUÁREZ FRANCO, Roberto. ob. Cit., pág. 258

¹⁰ PINZÓN, Gabino. Sociedades Comerciales. Editorial Temis., Bogotá, 1989 Pág. 177

¹¹ BRUNETTI, Antonio. Tratado del Derecho de las Sociedades, Sociedad por acciones. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, Buenos Aires, 1960 Pág. 93

UNA PARTE ALÍCUOTA EN QUE SE ENCUENTRA DIVIDIDO EL CAPITAL DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA.

El tratadista Antonio Brunetti¹² en relación con este punto dice: “El capital social está dividido en un número determinado de partes iguales, denominadas “acciones”; cada acción es por consiguiente una parte alícuota de aquel. El sello capitalista de la sociedad lo proporciona el hecho de que, correspondiendo cada acción al total de la aportación del socio individual, cuanto mas elevada sea la cifra de la aportación tanto mayor es el número de acciones asignadas al socio. La participación en acciones no se produce en razón al número de socios que han intervenido en el acto constitutivo, sino del número de las acciones suscritas, con lo que, siendo todas ellas de igual valor puede asignarse una acción a un socio, a un segundo, diez, a un tercero, cien, y así sucesivamente.

(...) En la sociedad de capitales el *intuitus personae* desaparece; el mismo se sustituye, como medida de participación, por el título accionario o un múltiplo de las acciones poseídas. En otras palabras, la medida de la participación en el patrimonio neto y en la vida corporativa de la sociedad, manifestada con el derecho de voto en las asambleas, está determinada por el importe de las contribuciones para la formación del patrimonio común. Tantas acciones tantos votos, salvo que en el acto constitutivo se haya dispuesto de otra forma.”

Los Profesores Joaquín Garrigues y Rodrigo Uría¹³, citando el código el artículo 33 del Código Español dicen: “Las acciones representan partes alícuotas del capital

social. Será nula la creación de acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad. Dividido necesariamente en acciones el capital social, la ley quiere que cada acción represente una parte alícuota del

¹² BRUNETTI , Antonio. Tratado del Derecho de las Sociedades, Sociedad por acciones. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, Buenos Aires, 1960 Pág. 91

¹³ GARRIGUES, Joaquín y URIA Rodrigo. Comentario a la ley de Sociedades Anónimas, Tomo I. Imprenta Samarán Mallorca, Madrid, 1953 Pág. 349

mismo: una parte proporcional que repetida mida exactamente a su todo. Con esto no hace más que recoger la práctica uniforme y constante que señala a las acciones un importe aritmético múltiplo de la cifra del capital, denominado valor nominal en diferentes artículos de la ley.”

Al respecto dice Gabino Pinzón¹⁴ que: “Esta acepción aunque hace resaltar la importancia de la función del capital en la sociedad anónima, que absorbe todas las situaciones creadas con el hecho de hacer un aporte al fondo social, no representa una concepción exacta de la acción, pues que no se trata de una verdadera parte o cuota del capital social, ya que este no se divide realmente sino de modo meramente legal o formal, como lo anota Visentini. En este sentido la acción constituye una especie de unidad de medida de los derechos del asociado; por eso el que suscribe o paga una acción tiene o adquiere todos esos derechos, según la cantidad de acciones suscritas.”

Consideramos acertada la opinión del Profesor Gabino Pinzón y agregamos que la acción considerada como una parte alícuota en que se encuentra dividido el capital de una sociedad, es una ficción jurídica creada para facilitar el entendimiento de los derechos que tiene y ejerce el accionista, por eso se advierte en el artículo 375 del Código de Comercio que: “El capital de la sociedad anónima se dividirá en acciones de igual valor que se representarán en títulos negociables” figura que emerge de

los recursos propios del derecho comercial para facilitar la inversión a través de las acciones, en la sociedad anónima, pero que nos parece más acertado decir que la acción es una unidad de medida de los derechos del asociado.

EL CONJUNTO DE DERECHOS QUE LA LEY COMERCIAL LE OTORGA A LA FRACCIÓN DE ESE CAPITAL EN CABEZA DEL TITULAR DE LA ACCIÓN.

¹⁴ PINZÓN, Gabino. ob. Cit., Pág. 178

Estos derechos son otorgados al accionista, como contraprestación a su aporte al fondo social, al momento de suscribir sus acciones, por lo que la sociedad se obliga a tenerlo como accionista.

Dice Gabino Pinzón¹⁵” Considerada la acción por este aspecto material o sustantivo, representa una relación jurídica de carácter patrimonial, creada con el contrato de suscripción , por medio del cual una persona se obliga a pagar un aporte a la sociedad y a someterse a los estatutos y por el cual la compañía se obliga a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente, conforme al artículo 384 del Código de Comercio. (...), Esa entidad patrimonial que, además de los derechos indicados lleva implícita las facultades de administración y de vigilancia de la actividad social, es la acción en su sentido material o sustantivo; con lo cual se superan y se completan la noción meramente contable que la considera una parte o cuota del capital y la noción meramente formal o documental que la reduce al título que incorpora tales derechos”

EL TÍTULO, CERTIFICADO O DOCUMENTO: Que representa los derechos y obligaciones que tiene su titular cuando la acción es nominativa o tenedor legítimo cuando se trata de acciones al portador (Las acciones al portador no están vigentes en Colombia por efectos de la decisión 291 artículo 9º de la CAC) , en ambos casos llamado accionista.

Dice al respecto Gabino Pinzón¹⁶ que: “es una noción igualmente incompleta de la acción y solo se justifica en razón de una verdadera metonimia, como ocurre, en

general con los títulos de crédito que tienen entidad patrimonial en razón y en la medida de los derechos que representan y cuya prueba facilitan... la acción

¹⁵ PINZÓN, Gabino. ob. Cit., Págs. 178, 179

¹⁶ PINZÓN, Gabino. ob. Cit., Págs. 179, 180

aunque es un título negociable no es un título abstracto que tenga por sí solo un valor comercial independientemente de la relación jurídica que representa.

Acción cuyo valor comercial depende totalmente del estado del patrimonio de la sociedad y cuyo valor nominal -único valor cierto que representa el título- apenas cumple la función ya anotada de servir de unidad de medida de los derechos del accionista para efectos del funcionamiento interno de la sociedad, dentro del cual tales derechos se miden o computan por el número de acciones. Por eso es por lo que quien adquiere una acción ya emitida no se hace propietario o acreedor de un valor comercial cierto o fijo, semejante al adquirido por quien negocia una letra de cambio. (...)"

ES UN TÍTULO DE INVERSIÓN: por cuanto no se concibe a un accionista comprando acciones sin tener el ánimo de lucro, salvo cuando excepcionalmente su interés es tomar el control de la sociedad anónima, pero no obstante en estos casos su fin último es el de obtener utilidades más adelante, y en este sentido es innegable el objeto de inversión que constituye la acción.

5. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN

Como sucede con múltiples instituciones jurídicas al tratar de determinar la naturaleza jurídica de la acción se han expuesto innumerable cantidad de conceptos:

El Profesor Francesco Galgano¹⁷, en relación con este aspecto, ha dicho: “la acción es, en su materialidad un bien mueble, que puede ser objeto de derechos y del cual se puede disponer como de cualquier otro bien mueble, ya que de él

puede uno ser propietario o poseedor, propietario individual o copropietario y lo puede vender o permutar, donar, dar en prenda o en usufructo, etc. Es un bien

¹⁷ GALGANO, Francesco. ob. Cit., Pág. 208

autónomo, distinto de los bienes que integran el patrimonio social, pero es un bien autónomo que no obstante, representa una fracción del capital social; es, como ha sido definido, un bien de segundo grado. La acción tiene un valor nominal propio, relacionado con el capital social y, en particular, igual al cociente de la división del capital social por el número de las acciones; pero adopta también, en el curso de la vida social, un valor real, que puede ser mayor o menor que el valor nominal y que se vincula al mayor o menor valor adquirido respecto al capital, por el patrimonio social, y, más en general, al desarrollo económico de la sociedad. En su función representativa de cuotas de participación en la sociedad, la acción es un título de crédito, (...)"

Del párrafo anterior se desprende que la acción es un bien mueble, es un bien autónomo, distinto de los bienes que integran el patrimonio social, pero representa una fracción del capital social, y en el transcurso de la vida social adquiere un valor real, distinto del valor nominal dado en el momento de la constitución de la sociedad, y que teniendo una función representativa de cuotas de participación en la sociedad, es un título de crédito.

Colin y Capitant citados por el profesor Suárez¹⁸ dicen en cuanto a la naturaleza Jurídica de la acción lo siguiente:

“La parte social es un derecho no sobre los bienes sociales sino contra la sociedad de tales bienes, sin que constituyan no obstante un verdadero derecho, como es la obligación, en el sentido estricto de la palabra. El titular de la obligación es un acreedor; el accionista un asociado, mientras dure la sociedad, es un derecho sui generis, que no es derecho real, ni un derecho de crédito, pero cuyo carácter mueble no puede ponerse en duda.”

Para confirmar las dificultades que se presentan en la determinación uniforme por parte de los tratadistas en relación con este asunto, es mucho más amplia y

¹⁸ SUÁREZ FRANCO, Roberto. ob. Cit., pág. 259

completa la gama de ejemplos de las diferentes posiciones que trae José Ignacio de Narváez¹⁹ a cerca de la naturaleza jurídica de la acción, no sin antes anotar que “ninguna ha merecido general aceptación” y dice:

“ Ejemplos:

- a. Que la acción no es una declaración unilateral de voluntad sino de realidad (la calidad de accionista);
- b) Que la acción nace en el momento en que se perfecciona la declaración documental (teoría de la creación);
- c) Que sobre el documento representativo de la acción ha de tenerse un derecho real para obtener la titularidad del derecho a el incorporado (teoría de la propiedad);
- d) Que es un título circulatorio en el cual no tiene aplicación el principio condensado en el aforismo “nemo plus juris alium trasferre potest quam ipse habet” (nadie puede transmitir a otro mayor derecho que él mismo tiene) y, por tanto, son inoponibles a los sucesivos titulares las excepciones que hubieran podido hacerse valer ante el titular precedente;
- e) Que la acción es un título valor corporativo o de participación con características sui-generis, etc.”

De esta manera estamos de acuerdo con ambos doctrinantes en el sentido de la dificultad que ofrece encasillar el concepto de acción en la noción de derecho real

o en la noción de derecho personal, por cuanto el derecho real es la facultad que tiene el titular de una cosa para disponer de ella, usarla y gozarla, entre tanto el

¹⁹ NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Ob., Cit., Pág. 25

derecho personal surge de un vínculo jurídico a través de la voluntad contractual o de la ley por el cual se contraen obligaciones recíprocas, así las cosas no puede determinarse que la acción forma parte exclusiva de uno de estos conceptos, si tenemos en cuenta que la acción concede facultades de derecho real, pero también de ella surgen obligaciones relacionadas con el derecho personal, desde luego participando de ambas nociones y constituyéndose en un derecho sui generis, sin dejar de lado el carácter mueble que tiene la acción, la calidad de accionista que le otorga a su titular a partir de la creación e inscripción en el libro de registro y la entrega del documento representativo a su propietario, título que es autónomo y al mismo tiempo corporativo, manteniendo sus características propias.

6. CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN

6.1 ES UN TITULO-VALOR

El profesor León Posse Arboleda respecto de las acciones y conjuntamente con los profesores Alfredo de Gregorio, Paolo Greo, Francesco Ferrara y Giampaolo de Ferra, se han opuesto a que las acciones sean incorporadas dentro del capítulo de los títulos-valores en las diferentes legislaciones comerciales, y al respecto ha dicho el Profesor Posse²⁰: “Al reglamentar el Código de Comercio los títulos valores, en el artículo 619, los definió como “documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora.” Es decir que la autonomía y la incorporación, la literalidad y la legitimación son características esenciales de estas cosas mercantiles que se crean como consecuencia de una ficción legislativa.

El proyecto que elaborara el Profesor Cervantes Ahumada para América latina, el cual fue presentado por medio del Banco Interamericano de Desarrollo al

²⁰ POSSE ARBOLEDA, León. Los Títulos de Acciones no son Títulos Valores. Universitas Ciencias Jurídicas y Socio Económicas No 42. Bogotá, Junio de 1972 Págs. 113-114

Parlamento Latinoamericano, fue base de las modificaciones que se acordaron introducir al proyecto de Código de Comercio que se hallaba a la consideración del Congreso, desde 1958 en cuanto a los títulos valores se refiere.

Los títulos de crédito o títulos-valores, no han surgido en las diversas legislaciones como consecuencia de reformas improvisadas, ni como resultado de teorías expuestas por los juristas, sino que de ellos debió ocuparse el legislador dado el impulso que a éstos a dado la práctica mercantil. La letra de cambio, el pagaré, el cheque, los bonos, la factura cambiaria, etc., son documentos que han merecido reglamentación legal en todos los países y que han provocado la preocupación de los juristas por buscar una regulación uniforme.

En el proyecto elaborado por el profesor Cervantes Ahumada, hay un artículo, el tercero, que advierte la posibilidad de crear títulos valores por costumbre, al disponer: “además de lo dispuesto para cada título valor en particular, tanto los tipificados por la ley como los consagrados por los usos deberán llenar los siguientes requisitos...”

Esa norma que está enseguida de artículo idéntico al 620, presenta una diferencia clara con el artículo 621 de nuestro Código de Comercio que dice: “Además de lo dispuesto para cada título valor en particular, los títulos valores deberán llenar los siguientes requisitos...”

La anterior comparación nos demuestra como en el texto legal Colombiano se eliminó la referencia a los títulos valores creados por los usos, y no se eliminó por inadvertencia puesto que el artículo 620 dispone que tales documentos sólo producirán los efectos previstos en el título III, del libro III, del Código “cuando contengan las menciones y llenen los requisitos que la ley señale..”

Es decir, que en Colombia solamente podrán existir títulos nominados y no títulos valores innominados, o atípicos, creados por los usos..... y dice más adelante. Es

así como las características de literalidad y autonomía de los títulos valores desaparecen en los casos de los títulos de acciones, pues nadie se atreverá a negar que las modificaciones estatutarias pueden transformar la naturaleza de la participación del socio, en la forma como se encuentra indicada en el título y negar que la posesión jurídica de éste no se deba sujetar al estatuto. Imaginemos el caso de una reducción de capital social con la correspondiente reducción del valor nominal de la acción, evento en el cual el derecho del poseedor del título representativo de la acción es distinto del tenor literal del documento.

El título de las acciones de sociedades no es, o al menos así lo ha tratado la ley Colombiana, documento necesario para el ejercicio de los derechos propios del socio, quien puede ejercer su derecho sin necesidad de exhibir el documento representativo de la acción.”

No es de poca monta la argumentación que hace el profesor Posse, para negarle a las acciones el carácter de Título valor y no obstante los avances que a favor de la tesis de que la acción es un título valor, aún nos preguntamos por qué no hay en los Juzgados o Tribunales de Colombia Procesos Ejecutivos donde la base de la ejecución judicial sea una acción, como sucede con todos los demás títulos valores (cheques, letras de cambio, pagarés, facturas cambiarias de compraventa etc.) o es que la razón primordial de los títulos valores no es la posibilidad de iniciar una acción ejecutiva en caso de incumplimiento o violación de uno de los derechos que le otorga el título valor a su propietario o tenedor legítimo ?

Los Profesores José Ignacio Narváez García y Darío Laguado Monsalve en compañía de otros eminentes juristas como Tulio Ascarelli, Incola Gaperoni, Antonio Brunetti, Giuseppe Ferri, Francesco Messineo, Mario Vaselli, y Tito Rava, citados por el primero, y con muy importantes argumentos admiten las acciones

como títulos-valores o títulos de crédito dentro de una especie de títulos de participación.

Parte de la argumentación del Jurista Narváez García²¹ es: “El legislador Colombiano optó por incluir en el concepto de Vivante todos los documentos que ostenten la característica de ser necesarios para el ejercicio de los derechos expresados en ellos, por esa razón a la primera frase del artículo 619 (concepto de Vivante) del Código de Comercio agregó: pueden ser de contenido crediticio, **corporativos o de participación**, y de tradición o representativos de mercancías.”

Los artículos 620 y 621 se refieren a los requisitos **generales** (mención del derecho que en el título se incorpora y la firma de quien lo crea) y a los **particulares** (Que señala la ley para cada título en especial), dentro del formalismo que a todos es común. Se trata pues, de títulos valores creados y reglados por la ley escrita, que se acoplan a la noción contenida y a la tripartición establecida en el citado artículo 619.

Ahora bien la intención claramente manifiesta en el Comité Asesor para la revisión del Código de Comercio fue la de acoger la expresión “títulos-valores” por ser más amplia que la de “títulos de crédito”. Precisamente en la reunión del 15 de Mayo de 1970, se lee:

Pasa el comité a comentar sobre el nombre correcto con que ha de denominarse este título. En la pasada reunión se había convenido en denominar esta sección con el nombre de “títulos valores”

Mas adelante y después de haber quedado claramente definido el comité aprobó los dos primeros artículos con la siguiente redacción: “Art. 1º - Los títulos valores

son documentos necesarios para ejercitar el derecho literal y autónomo que en ellos se consigna.

²¹ NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Ob., Cit., Pág. 101

“Los títulos valores pueden ser de contenido crediticio, representativos de mercancías o de participación”

Acta No 219 del Comité Asesor de la revisión del Código de Comercio, mayo 15 de 1970, págs. 1, 2, 5 y 9 Archivo del ministerio de Justicia.”

No es menos importante la exposición del Profesor Darío Laguado Monsalve²², cuando dice, después de hacer una defensa de la posibilidad que la ley mercantil Colombiana tiene de crear títulos valores por costumbre de acuerdo con el artículo 621, : “Vemos que el artículo 621 da un paso más, ya que no limita las fuentes de los títulos valores a la ley y a los usos, sino que desatiende a los posibles orígenes sin que semejante generalización pueda tenerse como exclusión. Sencillamente hay una fijación de los requisitos comunes a todos los títulos valores. Así si un documento logra llenar tales exigencias debe considerársele título valor sin más detenimiento.”

Mas adelante dice el mismo Profesor Laguado²³: “No creemos que pueda concebirse una reglamentación total de los diversos tipos de títulos-valores incluyendo los existentes y también los posibles. La vida mercantil dará a la luz numerosos instrumentos que serán títulos valores pero que ahora se desconocen por las mismas razones que hicieron desconocidos el cheque o el bono de prenda en la época de los romanos. Por ello era necesario que el código de Comercio dejara las puertas abiertas para esos documentos que vendrán, evitando así que tal normación apareciese incompleta al cabo de pocos años. En materias de derecho es aventurado ser profeta, pero estamos ciertos de que antes de veinte

años circularán entre nosotros títulos valores que ahora nos son extraños. Gracias a la apertura de la ley esos títulos tendrán cabida dentro del marco positivo. El

²² LAGUADO MONSALVE, Darío. Las Acciones de Sociedades Anónimas son Títulos Valores. Universitas Ciencias Jurídicas y Socio Económicas No 44. Bogotá, Junio de 1973 Págs. 140.

²³ LAGUADO MONSALVE, Darío. Ob., Cit., Pág. 142-143

hecho de que un legislador pretenda imaginar todas las posibles situaciones futuras a la ley que expide es una aventura jurídica; pero más lo es pretender una norma omnicomprendiva y cerrada a los flujos de las situaciones fácticas, a la vida real. En títulos valores el comercio y las finanzas ponen todo su ingenio para amoldar o crear los instrumentos que necesita su desarrollo y por ello la previsión taxativa es una pedantería o al menos una necia quimera condenada a ceder ante la fuerza de los hechos”

Creemos afortunada esta defensa e interpretación en el sentido que la legislación mercantil Colombiana permite la creación de títulos valores por costumbre como una verdadera adaptación y avanzada de nuestro Código de Comercio en el ámbito internacional, poniéndose a tono con el desarrollo milenario del comercio que siempre va muchos pasos más adelante que la simple tipificación jurídica que pretende alcanzar a la costumbre mercantil.

Para asegurar en mejor forma su aseveración el Profesor Laguado cita el siguiente artículo del Código de Comercio:

Artículo 402: “En los casos de hurto o robo de un título *nominativo* la sociedad lo *substituirá* entregándole un duplicado al propietario que aparezca inscrito en el registro de acciones, comprobando el hecho ante los administradores y en todo caso presentando la copia auténtica del denuncia penal correspondiente”

“En caso de deterioro, la expedición del duplicado *requerirá la entrega por parte del accionista de los títulos originales* para que la sociedad los anule”

“los títulos al portador sólo serán sustituidos en caso de deterioro.”

Consideramos con la exposición del Doctor Narvéez y la fundamentada argumentación del Doctor Darío Laguado Monsalve, que las acciones son títulos

valores de participación y que además su principal importancia es la capacidad de disposición permanente que otorga al accionista, junto con unos derechos principales y accesorios, administrativos y patrimoniales que se generan por que en el mismo título se contienen, al hacer remisión a los estatutos de la Sociedad de la cual proviene su emisión, sin embargo insistimos en la característica de ser un título-valor especialísimo, es decir, sui generis, al que aún le queda por resolver varias dudas, como por ejemplo por qué no hay procesos ejecutivos con acciones como base del mismo?.

Sabemos que algunos contestarán que no hay procesos ejecutivos donde las acciones sociales son la base de la acción ejecutiva, por cuanto, las acciones no son de contenido crediticio, sino, de participación en una sociedad por acciones, en este caso la ventaja de ser título valor queda en la práctica relegada por no poder ejercer el derecho que en ellas se incorpora, a través del proceso ejecutivo, tal como sucede con los otros títulos-valores.

6.2 ES UN TITULO DE EJERCICIO PERMANENTE O CONTINUADO

El ejercicio del derecho no causa su terminación, porque la acción da al accionista múltiples y permanentes posibilidades de ejercer sus derechos entre tanto exista la sociedad que le dio origen y no disponga de su titularidad, los derechos que otorga la acción no se extinguen con su primer ejercicio como acontece con otros títulos valores, donde una vez cobrados se extingue su derecho.

6.3 ES UN TITULO DE ASOCIACIÓN

Tal como lo dice Heliodoro Ferro Méndez “se ejerce conjuntamente con otros titulares de acciones de la misma sociedad”,²⁴

²⁴ FERRO MÉNDEZ, Heliodoro. Sociedades Legislación, Conceptos, Doctrina. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 1997 Pág. 232

La acción, da al accionista unos derechos políticos y de administración, que sólo pueden ser ejercidos a través de la reunión de un número plural de ellos, es decir, en la asamblea general de accionistas, lo que diferencia a la acción de otros títulos valores.

6.4 ES UN TÍTULO FORMAL

Pese a que Heliodoro Ferro, dice en su obra citada que la acción es relativamente no formal, acogemos la tesis de José Ignacio Narváez García²⁵ por considerarla mas ajustada a las disposiciones legales cuando dice:

“En cuanto concierne al contenido del título acción, éste ha de ceñirse al formalismo legal, sin perjuicio de que sus enunciados puedan ser adicionados para conformarlos a los estatutos de la sociedad emisora. Y cuando se modifican las cláusulas estatutarias dicho contenido puede sufrir variaciones, verbigracia, cuando se cambia la denominación de la sociedad o el domicilio principal o el valor nominal de las acciones, etc. Esas alteraciones del texto están previstas en precepto que rige para todos los títulos-valores: “en caso de alteración del texto de un título-valor los signatarios anteriores se obligan conforme al texto original y los posteriores conforme al alterado. Se presume salvo prueba en contrario que la suscripción ocurrió antes de la alteración” (Código de Comercio art. 631)”

El Código de Comercio Colombiano contiene varios artículos que hacen relación a los requisitos formales:

El artículo 620 dice que los títulos valores sólo producirán los efectos previstos en su regulación “cuando contengan las menciones y llenen los requisitos que la ley señala, salvo que ella los presuma.” De igual manera, el artículo 621 ordena: “Además de lo dispuesto para cada título-valor en particular, los títulos-valores

²⁵ NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Ob., Cit., Pág. 117

deberán llenar los requisitos siguientes: “1. la mención del derecho que en el título se incorpora, y 2. la firma del quien lo crea.”

Ahora bien, en cuanto a la expedición y contenido de la acción el artículo 401 dice “Los títulos se expedirán en series continuas, con las firmas del representante legal y el secretario, y en ellos se indicará:

1. La denominación de la sociedad, su domicilio principal, la notaría, número y fecha de la escritura constitutiva, y la resolución de la superintendencia que autorizó su funcionamiento;

2. La cantidad de acciones representadas en cada título, el valor nominal de las mismas, si son ordinarias, privilegiadas o de industria, si su negociabilidad está limitada por el derecho de preferencia y las condiciones para su ejercicio;

3. Si son nominativas, el nombre completo de la persona en cuyo favor se expiden, y

4 Al dorso de los títulos de acciones privilegiadas constarán los derechos inherentes a ellas.

NOTA: El numeral 1º del artículo anterior se encuentra modificado respecto de las sociedades vigiladas por la Superintendencia de Sociedades, pues como se suprimió el permiso de funcionamiento ya no es necesario indicar "la resolución de la superintendencia que autorizó su funcionamiento".

Las anteriores consideraciones son suficientes para decir que la acción es un título formal y no relativamente formal como dicen otros Autores.

6.5 ES UN TITULO COMPLEJO

Se dice que es un título complejo por que además del contenido propio del documento y de la expresión literal del mismo, éste hace relación directa con los estatutos de la sociedad y con el contrato de suscripción, a los cuales hay que acudir para determinar el ejercicio del derecho literal que en la acción se incorpora.

6.6 ES UN TITULO NOMINADO

La acción es un título nominado específicamente por las normas comerciales que regulan las sociedades por acciones y pertenece en general a los llamados títulos corporativos o de participación relacionados en el art. 619 del Código de Comercio.

6.7 ES UN TITULO NOMINATIVO

El ART. 377 del Código de Comercio que dice: “Las acciones podrán ser nominativas o al portador, pero deberán ser nominativas mientras no se hayan pagado íntegramente.”

Este artículo autorizaba las acciones al portador, pero esa autorización quedó suspendida desde la expedición de la Decisión 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, la cual entró en vigencia en nuestro país a través de la expedición del Decreto 1900 de 1973, que en su artículo 45, sólo autoriza las acciones nominativas, principio que se mantuvo en la Decisión 220 artículo 30 y ahora en la Decisión 291 artículo 9º, decisiones del Acuerdo de Cartagena (Pacto Andino).

Nos permitimos transcribir textualmente el artículo 9º de la Decisión 291 de 1991 del Acuerdo de Cartagena, por tratarse de la que está vigente.

“ART. 9º—El capital de las sociedades por acciones deberá estar representado por acciones nominativas.”

De esta manera en Colombia no existen en la actualidad acciones al portador por efectos de esta DECISIÓN.

Las acciones nominativas, como lo dice el Profesor Gabino Pinzón:²⁶ “ofrecen la ventaja de que su propietario es conocido con certeza, con lo cual este mismo se encuentra mejor protegido en sus derechos de accionista y se facilitan las acciones judiciales de los terceros en relación con ellas”

Las acciones nominativas no se transfieren con la simple entrega como sucedía con las acciones al portador, sino, y es su característica principal, su transferencia se efectúa con la inscripción de la cesión o traspaso en el libro de registro de acciones que lleva la sociedad anónima, de lo que deriva su nombre de nominativa, por cuanto se conoce el nombre de su propietario, sin este registro, la negociación entre cedente y cesionario, puede tener efecto entre ellos, pero no es oponible a terceros, esta es la razón por la que a esta clase de acciones se les dice que son títulos nominativos.

6.8 ES UN TITULO CAUSAL

Los títulos causales siempre tienen una conexión directa con el negocio del cual se originaron, en el caso específico de la acción, su vinculación está determinada por los estatutos sociales y por el contrato de suscripción, a diferencia de los títulos abstractos, de esta manera, la acción constituye una relación jurídica de la

que surgen todos los derechos y obligaciones del titular de la misma derivados del contrato social, en este sentido, la acción material tiene una función documental, probatoria, donde se incorporan esos derechos y obligaciones, sin alcanzar en su

²⁶ PINZÓN, Gabino. Ob. Cit., Pág. 191

plenitud la función dispositiva, por cuanto la cesión de la acción nominativa no se perfecciona con la sola entrega, sino que se requiere la inscripción en el libro de registro de accionistas de la compañía.

El Profesor Gabino Pinzón²⁷ dice al respecto: “la expedición del título de la acción carece del sentido y de los efectos que tiene la emisión de una letra de cambio o de un pagaré. Por que si, al emitirse uno de estos títulos, se crea una relación jurídica que vincula a las partes, independientemente de cualquier negocio antecedente, al expedirse el título de una acción no se produce relación jurídica distinta de la que se crea con el acto de suscripción de la acción: sin este acto carece de efectos el título.”

Más adelante citando a Uría dice: “Los derechos que la acción transmite nacen con independencia del título que los incorpora....pueden existir, y el supuesto es frecuente, sin que el título material exista. Por eso este no tiene función constitutiva. Mas una vez que el título se crea los derechos del socio se incorporan a él de manera inseparable y juntos corren las mismas vicisitudes. Esa incorporación de los derechos al título, esa permanente función dispositiva del documento-acción, ha llevado lógicamente a la doctrina a incluirlo en el sistema general de los títulos valores, si bien las características especiales de la acción le confieren una fisonomía y un puesto especial dentro de ese sistema. La más acusada peculiaridad de la acción es la de ser un título valor que no incorpora ni derechos de crédito (como los genuinos títulos valores: letra-cheque etc.), ni derechos reales (como el resguardo de depósitos o el conocimiento de embarque), sino un conjunto de derechos corporativos que integran el estado de socio. Las acciones son sencillamente títulos de participación social”

La acción es un título causal y por esta misma razón el valor nominal que se expresa en el título no tiene la misma importancia que el valor descrito en un título valor de contenido crediticio como la letra de cambio o el pagaré, por que el valor

²⁷ PINZÓN, Gabino. Ob. Cit., Págs.183-184

nominal, es apenas una parte del capital social que difiere del valor comercial que tiene relación directa con los activos líquidos de la sociedad, es decir, que la acción no se desprende de su causa u origen contenido en el contrato social y podemos decir, que si a la sociedad le va bien en sus resultados económicos, el valor comercial de la acción aumenta, por que mejoran sus posibilidades de generar un mayor dividendo, y al contrario, si a la sociedad le va mal económicamente, el valor comercial de la acción disminuye por cuanto las perspectivas de un mejor dividendo disminuyen.

En este sentido estamos de acuerdo con lo que dice Martha Eva García:²⁸ “En la acción como todo título causal, su existencia y validez depende de que tenga una causa válida, de modo que la falta de causa o su ilicitud vuelve nula o inexistente la obligación que surge del título de crédito, ya que la causa siempre acompaña al título, de allí su nombre.

Es decir que no se da la desvinculación de la causa característica de los títulos abstractos, tales como la letra de cambio, el pagaré y el cheque.

Sabemos que en los títulos abstractos la causa no está referida en ellos, y aunque lo estuviera no es lícito controvertirla.

Así es que por este carácter de causalidad la acción sufre prácticamente todos los influjos de la vida social (reforma de estatutos, asambleas etc.) “

6.9 ES UN TITULO SERIAL O DE MASA

La acción es un título serial o de masa por cuanto forma parte de los títulos que se emiten en grandes cantidades de una misma serie, fundamentalmente cuando la

²⁸ GARCÍA, Martha Eva. Revista Derecho Comercial de las Obligaciones. Ediciones de Palma. Vol 3, No 13-18. Buenos Aires 1970 Pág. 494

sociedad anónima cotiza sus acciones en la bolsa de valores, emite acciones para ser colocadas en el mercado público de valores.

El Decreto Reglamentario 1168 de 1993, en relación con los documentos que se entienden emitidos en serie o en masa en su artículo primero dice:

“(…), se entenderán como documentos emitidos en serie o en masa, aquellos que incorporen derechos patrimoniales y reúnan las siguientes condiciones:

- a) Que sean creados en virtud de un acto único o de actos sucesivos de los que se originen cuando menos 20 títulos;
- b) Que correspondan a un patrón común, es decir que tengan un contenido sustancial homogéneo;
- c) Que tengan igual naturaleza jurídica;
- d) Que tengan la misma ley de circulación;
- e) Que provengan de un mismo emisor, y que tengan vocación circulatoria. “

De esta manera, las acciones de sociedades anónimas que cotizan en la bolsa de valores, cumplen con los requisitos relacionados y constituyen títulos emitidos en serie o en masa.

6.10 ES UN TITULO INDIVISIBLE

El artículo 148 del Código de Comercio en relación con este punto dice: “ACCIONES O DE CUOTAS DE INTERÉS.- Si una o más partes de interés, cuotas o acciones pertenecieren proindiviso a varias personas, éstas designarán a quien haya de ejercitar los derechos inherentes a las mismas. Pero del

cumplimiento de sus obligaciones para con la sociedad responderán solidariamente todos los comuneros.”

En este mismo sentido se pronuncia el artículo 378 del mismo código cuando dice:

“INDIVISIBILIDAD DE LAS ACCIONES.- Las acciones serán indivisibles y, en consecuencia, cuando por cualquier causa legal o convencional una acción pertenezca a varias personas, éstas deberán designar un representante común y único que ejerza los derechos correspondientes a la calidad de accionistas.

A falta de acuerdo, el juez del domicilio social designará el representante de tales acciones, a petición de cualquier interesado.

El albacea con tenencia de bienes representará las acciones que pertenezcan a la sucesión ilíquida. Siendo varios los albaceas designarán un solo representante, salvo que uno de ellos hubiese sido autorizado por el Juez para tal efecto. A falta de albacea, llevará la representación la persona que elijan por mayoría de votos los sucesores reconocidos en el juicio.”

La Superintendencia de Sociedades²⁹ se ha pronunciado respecto a la indivisibilidad de las acciones de la siguiente manera:

“Representación de las acciones de la sucesión ilíquida. En cuanto se refiere a la representación de las acciones de la sucesión ilíquida, por mandato de la ley, corresponde a las siguientes personas según el caso:

1. Cuando hay albacea con tenencia de bienes corresponde a él la representación.
2. Siendo varios los albaceas, debe designarse un solo representante, salvo que uno de ellos haya sido autorizado por el juez para el efecto.
3. Si no hay albacea, o habiéndolo éste no acepta el encargo, corresponderá la representación a la persona que por mayoría de votos designen los sucesores reconocidos en el juicio o el respectivo trámite sucesoral.

²⁹ Superintendencia de Sociedades, Circular Externa No 25 de noviembre 18 de 1997.

4. En el evento de que no existan sucesores reconocidos, la representación le corresponderá al curador de la herencia yacente designado por el juez, cuando la herencia haya sido declarada yacente (C.C., art. 1297)

5. Cuando ninguna de las situaciones anteriormente expuestas se verifique, no existe una persona que pueda representar válidamente los derechos de acciones de la sucesión ilíquida, por lo cual será necesario promover ante el juez la declaratoria de la herencia yacente y la designación del curador que la representa.

Los actos de administración y conservación o custodia realizados por los legitimarios no reconocidos como herederos, no les confieren la representación de la herencia, ni la facultad de elegir por mayoría de votos la persona que represente las acciones de la sucesión.

Para el caso del cónyuge sobreviviente, la representación y administración de los bienes que conforman la sociedad conyugal ilíquida le corresponde ejercerla a éste, conjuntamente con el albacea o con los herederos que hayan aceptado la herencia, en los términos del artículo 595 del Código de Procedimiento Civil”.

La acción es pues, indivisible, no porque no pueda pertenecer a varias personas, sino, por que al momento de ejercer los derechos la ley les exige que nombren una común y única que ejerza esos derechos propios del accionista, es decir, que

la sociedad únicamente reconoce un solo titular para cada acción, en todas sus relaciones con los accionistas.

Al respecto el Doctrinante Gabino Pinzón³⁰ ha expresado los siguiente:

“Conviene advertir, no obstante, que la indivisibilidad de la acción se refiere propiamente a la calidad de accionista y no a cada uno de los distintos derechos inherentes a esta calidad. Porque en la vida práctica suelen celebrarse negocios que versan solamente sobre algunos de tales derechos, como en el caso del usufructo de acciones, la prenda sobre acciones, la cesión del derecho preferencial de suscripción de las acciones de nueva emisión, etc. Pero lo que no es posible y lo que podría crear dificultades de diversa índole en el funcionamiento de la sociedad es la división o fraccionamiento de cada uno de esos derechos, especialmente los de orden administrativo o no estrictamente patrimoniales.”

Consideramos que la división o fraccionamiento de los derechos aún en el orden patrimonial, causaría enormes dificultades a la sociedad, por que si no obstante, matemáticamente son determinables, administrativamente dividir los dividendos de una acción entre varios propietarios de la misma, es una tarea muy dispendiosa, mucho más, cuando ya es suficiente con el elevado número de acciones que emite una sociedad, especialmente las que cotizan sus acciones en la bolsa de valores.

6.10.1 VALOR DE LAS ACCIONES NO OBSTANTE SU INDIVISIBILIDAD

La Superintendencia de Sociedades³¹ se ha pronunciado respecto del valor de la acciones no obstante su indivisibilidad en los siguientes términos:

“Valor de las acciones. Es preciso tener en cuenta que si bien el capital de la sociedad anónima debe estar representado en acciones de igual valor, en la práctica la acción es susceptible de diferentes valores, tales como **el nominal, el intrínseco, el de mercado, etc.**

³⁰ PINZÓN, Gabino. ob. Cit., Pág.182

³¹ Supersociedades, Oficio No 220-73196, noviembre 19 de 1998.

El valor nominal, por ejemplo, es el valor asignado a cada acción desde el momento de su constitución, y es el que ha de tenerse como punto de partida al momento de su enajenación, ya que no es posible fijar su precio de venta por debajo de este tope;...”

Para el Profesor Gabino Pinzón,³² “La acción tiene o debe tener un valor nominal cierto, como parte o cuota del capital social. En el derecho del país no pueden emitirse acciones sin valor nominal y este representa el importe de lo que debe pagar el asociado por cada acción que toma o suscribe, independientemente de cualquier prima correspondiente a la plusvalía que adquiera las acciones, si estas corresponden a emisiones posteriores a la constitución de la sociedad. Es lo que significa la exigencia legal de que se indique en la escritura social el capital de la compañía, el número y valor de las acciones en que se divide, y la forma y plazos en que los socios deben consignar su importe en la caja social. Este valor nominal de la acción sirve de unidad de medida de la contribución del asociado a la formación del fondo social; y consecuentemente, sirve también de unidad de medida de los derechos del accionista.”

En la legislación Colombiana no se ha fijado el valor nominal de las acciones, existiendo una verdadera libertad de estipulación de las mismas en el contrato social, en la práctica se acostumbra especialmente en las sociedades anónimas abiertas, que el valor nominal se fije en una cantidad muy pequeña, con el fin de hacerlas de fácil negociabilidad, y permitir que numerosas personas puedan invertir en las mismas, facilitando la circulación de las acciones y la compra por

parte de un gran número de personas, que por su reducido valor, se acomodan al presupuesto, inclusive de las clases populares.

³² PINZÓN, Gabino. ob. Cit., Pág.181

El valor intrínseco: En relación con el valor intrínseco de las acciones, La Superintendencia de Sociedades³³ ha dicho lo siguiente:

“Es el valor que le corresponde a cada acción según la información que presente la contabilidad de la sociedad (valor de los activos netos, que resulta de la diferencia entre los activos totales y el total del pasivo)”

De lo que se desprende que a diferencia del valor nominal de las acciones, el valor intrínseco de las mismas, si puede estar por debajo, tanto del valor nominal, como del valor de mercado. El valor intrínseco se basa exclusivamente en la contabilidad de la sociedad, es decir, en una operación matemática, activos totales menos pasivos totales, cuyo resultado se divide en el número de acciones pagadas y no tiene en cuenta para nada el valor agregado del negocio, el good will, o el posicionamiento del producto o servicio en el mercado.

El valor de mercado: En relación con el valor de mercado de las acciones, La Superintendencia de Sociedades³⁴ ha dicho lo siguiente:

“Es en el cual entran en juego diferentes factores para determinarlo, tales como el good will, las utilidades por acción, utilidades probables, etc. En este orden de ideas, ha de tenerse en cuenta que cada sociedad al momento de emitir sus acciones no debe necesariamente pensar en el valor nominal como precio de venta, sino como punto de partida en su negociación, ya que eventualmente éste se fija por encima de su valor nominal, caso en el cual esa diferencia es la que se denomina prima por colocación de acciones”.

Esos diferentes factores internos, aunados a factores externos, son los que en últimas se tienen en cuenta, en el mercado público de valores para determinar el

³³ Supersociedades, Oficio No 220-73196, noviembre 19 de 1998.

³⁴ Supersociedades, Oficio No 220-73196, noviembre 19 de 1998.

precio de cada acción, cuando se trata de las sociedades que cotizan sus acciones en la bolsa de valores.

6.11 ES UN TITULO QUE CONTIENE UNA DECLARACIÓN DE REALIDAD

En este sentido dice José Ignacio Narváez lo siguiente:³⁵ “A diferencia de los títulos valores de contenido crediticio y de los de tradición o representativos de mercancías, que siempre contienen una declaración de voluntad, el título representativo de la acción atribuye a su titular la calidad de accionista y lo legitima para participar en mayor o en menor grado y en concurrencia con otros titulares de acciones de la misma sociedad, tanto en su funcionamiento como en el ejercicio de los derechos que genera tal calidad. Quien suscribe una acción o la adquiere en el mercado entra en el ámbito de la sociedad para participar no solamente de los beneficios sociales, sino también de los riesgos eventuales que depare la actividad económica organizada que la sociedad desarrolle.”

Estas características tan especiales de la acción la convierten como lo hemos dicho en un título valor sui generis, en cuanto al riesgo que asume el accionista por el desempeño económico de la sociedad emisora del título y por la manera como comparte ese riesgo proporcionalmente con otras personas dependiendo del número de acciones de que sea titular.

6.12 ES UN TITULO NEGOCIABLE SALVO LAS EXCEPCIONES LEGALES Y LAS ESTATUTARIAS AUTORIZADAS POR LA LEY.

La naturaleza misma de la acción hace que la regla general sea su negociabilidad, así se desprende del numeral 3º del artículo 379 del Código de Comercio cuando dice: “DERECHOS DEL ACCIONISTA.- Cada acción conferirá a su propietario los siguientes derechos:

³⁵ NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Ob., Cit., Pág. 115 y 116

(.....) 3. El de negociar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia en favor de la sociedad o de los accionistas, o de ambos;
4.”

Es claro el artículo anterior al determinar que lo propio de las acciones es su posibilidad de negociarlas libremente con la excepción de que se haya pactado el derecho de preferencia a favor de la sociedad o de los accionistas o de ambos, es importante en este punto tener en cuenta que las restricciones a la libre negociabilidad de las acciones únicamente opera para las sociedades cerradas, nunca para las sociedades abiertas, es decir, para las que negocian sus acciones en el mercado de valores, pues, si se llegara a estipular cualquier restricción en cuanto a la negociabilidad de las acciones en los estatutos de una sociedad abierta, éstos se tendrían por no escritos.

En cuanto a la libre negociabilidad de las acciones el Consejo de Estado³⁶ ha dicho lo siguiente:

“Ahora bien, encuentra la Sala, que el Código de Comercio, al regular lo concerniente a la disposición de las acciones, consagra, como principio, su libre negociación (art. 403); (...) Cada acción confiere a su propietario el derecho de negociar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia a favor de la sociedad, o de los accionistas, o de ambas. En el mismo sentido, el artículo 403 ibídem prevé la libre negociabilidad de las acciones, frente a lo cual consagra unas claras y precisas excepciones, que por su carácter de tales sólo operan en los supuestos a los cuales se contraen.

Así las cosas, tenemos que por disposición expresa del legislador, salvo la circunstancia antes anotada, las acciones son libremente negociables, lo cual

³⁶ AUTO de Febrero 7 de 2002, expediente 21845, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente Dr. Alier Hernández. Sociedades contratistas no tienen limitaciones en la negociación de sus acciones.

implica que no es posible condicionar, ni siquiera en el tiempo, el ejercicio de tal derecho (...).”

En cuanto a la negociabilidad de las acciones el Profesor Gabino Pinzón³⁷ dice: “La acción es negociable, como bien o elemento patrimonial susceptible de ser estimado en dinero. Una de las características sobresalientes de la sociedad anónima es precisamente la fácil circulación del interés social, pues que el intuitus personae es cosa extraña a esta forma de asociación comercial. Por eso es por lo que la acción no solamente es negociable, como los demás bienes comerciales, esto es, no colocados fuera del comercio o de su libre negociación, ni por ley, ni por acto judicial; hay, pues, libertad para negociarla, por regla general, esto es sin consulta o aceptación previa de los demás asociados, para quienes, como para los administradores, debe ser indiferente la persona titular de las acciones.”

Entendemos que en las sociedades de capital el intuitus personae no reviste la importancia que tiene en otros tipos de sociedades como la limitada, pero no compartimos la afirmación de que para los asociados y administradores debe ser indiferente la persona del titular de las acciones, pues, esto en la realidad es aplicable a las sociedades anónimas abiertas, por que se ha venido abriendo paso en las sociedades anónimas cerradas, la importancia de las personas que conforman el conjunto de accionistas, y muchas sociedades limitadas se han transformado en anónimas, teniendo en cuenta que los socios de sociedades limitadas son responsables solidariamente de las obligaciones fiscales, parafiscales y laborales contraídas por la sociedad, de esta manera adquiere mayor importancia el derecho de preferencia que limita la libre negociabilidad de las acciones sin convertirse en una traba para su negociación. De esta manera sociedades anónimas de menos de diez accionistas en su gran mayoría están conformadas por miembros de una misma familia o un grupo de amigos que conocen el negocio y son importantes para el desarrollo del objeto social de la

³⁷ PINZÓN, Gabino. Ob. Cit., Pág.182

sociedad, y por obvias razones no están interesados en que la titularidad de las acciones pase a personas desconocidas, junto con la dirección y administración de la sociedad, sin antes, tener la oportunidad de adquirirlas, de ahí la importancia del derecho de preferencia y otras formas de negociación y de acciones como las que tienen un dividendo preferencial y sin derecho a voto.

Partiendo de la premisa anterior podemos verificar cuales son las normas que regulan las excepciones al derecho de su libre negociación:

6.12.1 EXCEPCIONES A LA LIBRE NEGOCIABILIDAD

El ART. 403 del Código de Comercio dice al respecto: “Las acciones serán libremente negociables, con las excepciones siguientes:

1. Las privilegiadas, respecto de las cuales se estará a lo dispuesto sobre el particular;
2. Las acciones comunes respecto de las cuales se haya pactado expresamente el derecho de preferencia;
3. Las acciones de industria no liberadas, que no serán negociables sino con autorización de la junta directiva o de la asamblea general, y
4. Las acciones gravadas con prenda, respecto de las cuales se requerirá la autorización del acreedor.

Respecto de estas excepciones se pronunció la Superintendencia de Sociedades³⁸ así: “Nulidad absoluta en las negociaciones que violen el artículo 403. "El artículo 403 del Código de Comercio señala como excepción de la libre

³⁸ Supersociedades, Oficio. OA-17015, de agosto 25 de 1980.

negociabilidad de las acciones los eventos de aquellas acciones comunes respecto de las cuales se haya pactado expresamente el derecho de preferencia.

Así las cosas, debe indicarse que de acuerdo con los artículos 403 y 416 ibídem y con el espíritu del legislador, la sociedad no debe hacer inscripciones en el libro de registro respectivo cuando no se haya cumplido con la plenitud de los requisitos necesarios para ello y los socios están impedidos para vender parte o la totalidad de sus acciones a terceros hasta cuando se agoten los pasos que permiten ejercer a sus titulares el referido derecho preferente.

Ahora bien, la negociación efectuada con violación del nombrado artículo 403 está viciada de nulidad absoluta por ser dicha norma de carácter imperativo, ya que ésta es la sanción establecida sobre el particular en el artículo 899 ordinal 1º del estatuto mercantil.

Por lo demás, el asunto expuesto origina un conflicto entre los contratantes, cuya solución (declaratoria de nulidad) compete a la justicia ordinaria a petición de parte, y en nada vincula a la compañía ni a los demás asociados mientras la operación no haya sido registrada en el libro respectivo; pero si ello ha ocurrido, los inscritos adquirieron la calidad de accionistas y compete a quienes fue desconocido el derecho de preferencia en el negocio (sociedad o socios) o a cualquier persona que tenga interés jurídico si así lo desea, demandar la nulidad del acto ante la jurisdicción civil, la cual, se repite, tiene la competencia para dirimir este tipo de conflictos".

Para dejar más claro aún la característica de la libre negociabilidad de las acciones la Superintendencia de Sociedades³⁹ conceptuó de la siguiente manera:

³⁹ Superintendencia de Sociedades, Concepto publicado en el boletín jurídico N° 7 de mayo de 1994.

“Salvo el derecho de preferencia, no es posible condicionar la libre negociabilidad de las acciones. "Cada acción confiere a su propietario el derecho de negociar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia en favor de la sociedad o de los accionistas o de ambas. En el mismo sentido, el artículo 403 ibídem prevé la libre negociabilidad de las acciones, frente a lo cual consagra unas claras y precisas excepciones, que por su carácter de tales sólo operan en los supuestos a los cuales se contraen.

Así las cosas, tenemos que por disposición expresa del legislador, salvo la circunstancia antes anotada, las acciones son libremente negociables, lo cual implica que no es posible condicionar, ni siquiera en el tiempo, el ejercicio de tal derecho, de suerte que ni por disposición estatutaria, ni mucho menos por mandato de la asamblea o de la junta directiva, se puede establecer que las acciones que se ofrezcan para su suscripción no puedan ser negociadas por determinado período o lapso de tiempo, pues ello resulta claramente contrario al contenido del derecho mencionado.

De ahí que señalar, por ejemplo, que los suscriptores o alguno de ellos que enajenen las acciones antes de un término prefijado, deben cancelar ciertas sumas de dinero como ajuste al valor de suscripción, como medida para obligarlos a conservarlas durante ese tiempo, indudablemente conllevaría la imposición de un mecanismo que impediría la libre negociabilidad referida, ya que ellos no podrían disponer de sus partes alícuotas adquiridas, so pena del incremento mencionado".

Estas excepciones a la libre negociabilidad deben ser conocidas por los terceros, para evitar que en el caso de negociar con accionistas que no hayan dado cumplimiento a los estatutos o a la ley para la negociación de las mismas, resulten perjudicados, pero al mismo tiempo, es importante permitir a los accionistas la negociación de sus acciones, de tal manera que es exigencia del artículo 401 numeral 2º del Código de Comercio, que las acciones en su texto indiquen si su

negociabilidad está limitada por el derecho de preferencia y las condiciones para su ejercicio.

Otra excepción a la libre negociabilidad la constituyen las acciones que hayan sido objeto de medida cautelar por parte de las autoridades judiciales en los procesos a que se refieren las leyes 30 de 1986 Estatuto de Estupefacientes y la ley 793 de 2002 sobre Extinción de Dominio, teniendo en cuenta que la ley 785 de 2002 en su artículo 5° dice: “INCAUTACIÓN DE ACCIONES, CUOTAS O PARTES DE INTERÉS: Sociedades y unidades de explotación económica. La Dirección Nacional de Estupefacientes ejercerá los derechos sociales que correspondan a las acciones, cuotas o partes de interés social que hayan sido objeto de medida cautelar en los procesos a que se refieren las leyes 30 de 1986 y 333 de 1996 (hoy ley 793 de 2002) hasta que se produzca la decisión judicial definitiva y mientras tanto quienes aparezcan inscritos como socios, miembros de los órganos sociales y demás órganos de administración, representante legal o revisor fiscal, no podrán ejercer ningún acto de disposición, administración o gestión en relación con aquellas, a menos que sean autorizados expresamente y por escrito por la Dirección Nacional de Estupefacientes.

A partir de la medida cautelar, las facultades de los órganos de administración y dirección de la sociedad o de las unidades de explotación económica, incluyendo la disposición definitiva de las mismas en la forma y términos establecidos en el Código de Comercio y demás normas concordantes, serán ejercidas por la Dirección Nacional de Estupefacientes.

Las medidas cautelares decretadas sobre las acciones, cuotas o partes de interés social se extienden a los dividendos, utilidades, intereses y demás beneficios que al derecho embargado correspondan. Así mismo, se extienden a los ingresos y utilidades operacionales de la sociedad. De esta manera la Dirección Nacional de Estupefacientes administrará tales bienes y recursos de conformidad con la presente ley y en procura de mantener productivas las sociedades incautadas.”

7. CLASES DE ACCIONES

7.1 POR LA FORMA COMO SE EXPIDEN

7.1.1 ACCIONES NOMINATIVAS

Que se expiden a nombre de una persona determinada inscribiéndola en el libro de registro de accionistas de la sociedad que las emite, de igual manera para enajenarlas se requiere la entrega del título, con su correspondiente carta de endoso o traspaso, acompañada del registro en el libro de acciones de la compañía emisora del título.

Expresamos con amplitud en el numeral 6.7 lo referente a esta clase de acciones y por qué las acciones en Colombia son Nominativas teniendo en cuenta que de acuerdo con el artículo 377 del Código de Comercio.—Las acciones podrán ser nominativas o al portador, pero el término al portador quedó suspendido desde la expedición de la Decisión 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, la cual entró en vigencia en nuestro país a través del Decreto 1900 de 1973, que en su artículo 45, sólo autoriza las acciones nominativas.

7.1.2 ACCIONES AL PORTADOR

Que no requiere la expedición a nombre de determinada persona, sino que el tenedor del título se presume su propietario, de tal manera que para negociarla sólo se requiere su entrega.

También habíamos hecho claridad en el numeral anterior, en el sentido que el artículo 377 del Código de Comercio permite las acciones al portador, pero este tipo de acciones quedaron suspendidas en virtud de la expedición de la Decisión 24 y a través del Decreto 1900 de 1973, artículo 45, el cual sólo autoriza las

acciones nominativas, principio que se mantuvo en la Decisión 220 artículo 30 y ahora en la Decisión 291 artículo 9º, norma esta última que se encuentra vigente. Decisiones todas del Acuerdo de Cartagena.

“El capital de las sociedades por acciones deberá estar representado por acciones nominativas.....”

En cuanto a las acciones al portador el Profesor Gabino Pinzón⁴⁰ dice lo siguiente: “La acción al portador corresponde mejor, en cierta forma, a la índole de sociedad anónima, pues es la que permite y simplifica en mayor grado la circulación de esos valores y la renovación o sustitución sucesiva e indefinida de los accionistas”

No nos queda duda alguna en cuanto a la facilidad que otorga la acción al portador, en relación con su negociación, principio esencial de las sociedades anónimas y del tráfico comercial, pero es innegable que en la práctica, la autorización de la circulación de este tipo de acciones, haría incontrolable en nuestros países, delitos como el lavado de activos, el pago de secuestros de personas por medio de acciones al portador, el control a la inversión extranjera, el pago del contrabando de armas e insumos químicos para la elaboración de estupefacientes con acciones al portador, generando de esta manera la legalización de dineros de dudosa procedencia y en fin una serie de dificultades para el control estatal, por la facilidad de utilizar la figura del testaferrato, con este tipo de acciones, en este sentido, estamos de acuerdo con la prohibición de emitir acciones al portador.

7.2 POR LOS DERECHOS QUE OTORGA

7.2.1 ACCIONES ORDINARIAS

Que otorgan los derechos propios, comunes y esenciales que en general se confieren a todo accionista por igual.

⁴⁰ PINZÓN, Gabino. Ob. Cit., Pág.191

Estos derechos son los contemplados en el artículo 379 del código de comercio que dice: “—Cada acción conferirá a su propietario los siguientes derechos:

1. El de participar en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas y votar en ella;
2. El de recibir una parte proporcional de los beneficios sociales establecidos por los balances de fin de ejercicio, con sujeción a lo dispuesto en la ley o en los estatutos;
3. El de negociar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia en favor de la sociedad o de los accionistas, o de ambos;
4. El de inspeccionar, libremente, los libros y papeles sociales dentro de los quince días hábiles anteriores a las reuniones de la asamblea general en que se examinen los balances de fin de ejercicio, y
5. El de recibir una parte proporcional de los activos sociales, al tiempo de la liquidación y una vez pagado el pasivo externo de la sociedad.”

La Superintendencia de Sociedades ⁴¹en relación con el derecho de un accionista a participar en las deliberaciones de la asamblea con voz y voto en cuanto a la exigencia estatutaria de paz y salvo, ha dicho lo siguiente: “Los derechos de los que por mandato legal son titulares los asociados, sea cual fuere el tipo de compañía adoptado, si bien pueden ser reglamentados, no pueden bajo ninguna circunstancia ser cercenados, hasta el punto de volverlos nugatorios, es decir impedir su ejercicio, mediante el establecimiento de determinadas cláusulas estatutarias, so pretexto de la autonomía de la voluntad privada.

Por tanto, si so pretexto de lo establecido en una cláusula estatutaria, en la cual no se fijaron parámetros para su aplicación, se llegase a impedir el que un asociado en una reunión de asamblea general de accionistas o junta de socios participe con voz y voto en la toma de alguna decisión, por no encontrarse a paz y salvo con la compañía, como bien puede ser, verbigracia, el no pago a tiempo de un préstamo otorgado por la misma o la cancelación de una cuota extraordinaria para la

⁴¹ Superintendencia de sociedades, Oficio 220-002042, de Enero 25 de 2002.

celebración de algún evento social, tal determinación sería a todas luces violatoria de uno de los derechos esenciales que la ley le confiere al asociado, máxime teniendo en cuenta que las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados, preferirán entre tanto no contraríen normas legales imperativas (art. 4º. C. de Co.) (...).

Resumiendo, en relación con su inquietud, es claro que la cláusula estatutaria que estipule que en las reuniones del máximo órgano social, solo podrán participar los socios que se encuentren a paz y salvo con la compañía, debe circunscribir su aplicación única y exclusivamente a los asociados que no han realizado el aporte social en la forma y época convenida, pues darle aplicación diferente conllevaría a desconocer uno de los derechos esenciales del asociado y por ende sería violatoria de una disposición imperativa”.

7.2.2 ACCIONES PRIVILEGIADAS

Que no sólo otorgan los derechos propios, comunes y esenciales que en general se confieren a todo accionista, sino que adicionalmente otorga unos derechos económicos por encima de los comunes. Pero nunca otorga derechos administrativos superiores a los comunes.

Esos derechos adicionales están contenidos en el artículo 381 del Código de Comercio Así: (...)”..además, podrán otorgar al accionista los siguientes privilegios:

1. Un derecho preferencial para su reembolso en caso de liquidación hasta concurrencia de su valor nominal;
2. Un derecho a que de las utilidades se les destine, en primer término, una cuota determinada, acumulable o no. La acumulación no podrá extenderse a un período mayor de cinco años, y

3. Cualquiera otra prerrogativa de carácter exclusivamente económico.

En ningún caso podrán otorgarse privilegios que consistan en voto múltiple, o que priven de sus derechos de modo permanente a los propietarios de acciones comunes.

El artículo 382 trae los “REQUISITOS PARA EMITIR Y COLOCAR ACCIONES PRIVILEGIADAS.- Para emitir acciones privilegiadas posteriormente al acto de constitución de la sociedad, será necesario que los privilegios respectivos sean aprobados en la asamblea general con el voto favorable de un número plural de accionistas que represente no menos del setenta y cinco por ciento de las acciones suscritas(*)).

En el reglamento de colocación de acciones privilegiadas se regulará el derecho de preferencia a favor de todos los accionistas, con el fin de que puedan suscribirlas en proporción al número de acciones que cada uno posea el día de la oferta. Dicho reglamento será aprobado por la asamblea con la mayoría exigida en este artículo.

*NOTA: La mayoría calificada prevista en este artículo fue derogada para las sociedades anónimas. Ahora rige la mayoría ordinaria prevista en el artículo 68 de la Ley 222 de 1995, es decir, "mayoría de los votos presentes". En los estatutos de las sociedades que no negocien sus acciones en el mercado de valores puede pactarse una mayoría superior a esta ordinaria.

Si se trata de sociedades vigiladas, es necesario que la Superintendencia de Sociedades autorice la colocación de esta clase de acciones.

En este mismo sentido el artículo 383 dice: “REVOCACIÓN DE EMISIONES Y SUPRESIÓN DE PRIVILEGIOS.- Toda emisión de acciones podrá revocarse o modificarse por la asamblea general, antes que sean colocadas o suscritas y con sujeción a las exigencias prescritas en la ley o en los estatutos para su emisión.

La disminución o supresión de los privilegios concedidos a unas acciones deberá adoptarse con el voto favorable de accionistas que representen no menos del setenta y cinco por ciento de las acciones suscritas(*), siempre que esta mayoría incluya en la misma proporción el voto de tenedores de tales acciones.

*NOTA: La mayoría calificada prevista en este artículo fue derogada para las sociedades anónimas. Ahora rige la mayoría ordinaria prevista en el artículo 68 de la Ley 222 de 1995, es decir, "mayoría de los votos presentes". En los estatutos de las sociedades que no negocien sus acciones en el mercado de valores puede pactarse una mayoría superior a esta ordinaria.

Las acciones privilegiadas pueden emitirse desde el acto de constitución lo cual conlleva a que no se viole derecho alguno de los suscriptores que con posterioridad las adquieren, pues, cuando ingresan a la sociedad, las acciones privilegiadas ya se han emitido y por esta misma razón son conocedores de esta circunstancia; cuando la emisión se hace con posterioridad al acto de constitución de la sociedad, necesariamente se afecta a los accionistas promotores o fundadores, que en últimas, corrieron con el riesgo inicial de hacer unos aportes y organizar la sociedad. Por esta circunstancia antes de la reforma de la ley 222 de 1995, para emitir acciones privilegiadas se requería una mayoría calificada con el voto favorable del setenta y cinco por ciento de las acciones suscritas, garantizando de esta manera los derechos adquiridos de los accionistas fundadores, hoy en día de acuerdo con la ley en comento, solo se exige la mayoría de los votos presentes, en lo que no estamos de acuerdo.

7.2.3 ACCIONES CON DIVIDENDO PREFERENCIAL Y SIN DERECHO A VOTO

Estas acciones fueron creadas a través de la ley 27 de 1990, pero con una serie de requisitos muy exigentes para proteger a los inversionistas, que hacían muy difícil la emisión de este tipo de acciones, impidieron su desarrollo y utilización,

posteriormente se flexibilizó para incentivar su emisión. El artículo 61 de la ley 222 de 1995 en relación con las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto dice:

“Sociedades que pueden emitirlas. Las sociedades por acciones podrán emitir acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, las cuales tendrán el mismo valor nominal de las acciones ordinarias y no podrán representar más del cincuenta por ciento del capital suscrito.

La emisión se hará cuando así lo decida la asamblea general de accionistas.”

En la ley 222 de 1995, se plasmó el anhelo del gobierno y del Ministro de Hacienda de la época, que consistía en motivar a las sociedades anónimas para que inscribieran sus acciones en el mercado público de valores, pero, garantizando a los accionistas constituyentes el mantenimiento del control administrativo de la sociedad, para lo cual, reguló la emisión por parte de éstas sociedades de las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, sin dejar desprotegidos a los inversionistas, que sin estar interesados en la administración y manejo de la sociedad, contribuyen en el desarrollo económico de la misma, aportando sus dineros con el fin de obtener un dividendo fijo, preferencial y económicamente atractivo.

Para motivar en los accionistas constituyentes, la emisión de acciones negociables en el mercado público de valores, era necesario además, derogar el excesivo cumplimiento de requisitos por parte de las sociedades, que hacían que dichos accionistas se encaminaran a conseguir recursos frescos para las sociedades, a través de otros mecanismos menos exigentes. Hoy como mecanismo innovador, la ley permite a cualquier clase de sociedad por acciones, la emisión de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, trátase de sociedad vigilada o no, pequeña o grande y además no es necesario demostrar la utilidad en los ejercicios de los años anteriores.

El Profesor Francisco Reyes Villamizar,⁴² haciendo referencia a los accionistas preferenciales y a los requisitos para emitir esta clase de acciones dice: “No se desconoce el sano propósito de defender los intereses y derechos de las personas que invierten en éstos títulos. Los accionistas preferenciales – no debe olvidarse – se encuentran, además, en estado de particular indefensión por no poder ejercer el derecho al voto sino en ciertas excepcionales circunstancias. Pero con el pretexto de esa pretendida defensa a ultranza, no pueden crearse condiciones tan adversas y complejas para el empresario, que lo desmotiven a priori de emitir estos títulos.

(...)

Las acciones con dividendo preferencial constituyen desde el punto de vista de la sociedad, una herramienta fundamental de capitalización, cuyas bondades son innegables. No solamente garantizan la obtención de recursos frescos para la sociedad, sino que también le permiten a los socios mayoritarios mantener la dirección y administración de los negocios sociales. Desde el punto de vista del inversionista también pueden resultar atractivas, desde que garantizan un dividendo fijo anual, acumulable o no, que se paga preferencialmente, siempre que existan utilidades distribuibles. También es factible que tales acciones le concedan al accionista un derecho preferencial de la cuota social en el momento de la liquidación, previo pago del pasivo externo.”

La CNV⁴³ se pronunció en cuanto a las Razones para crear este tipo de acciones. "Es evidente que en las grandes sociedades anónimas existen dos clases de accionistas. De una parte, aquellos que están interesados ante todo en el control de la sociedad, y de la otra, quienes ante todo buscan obtener un buen rendimiento invirtiendo en el mercado de capitales, sin pretender participar en la

⁴² REYES VILLAMIZAR, Francisco. Reforma al régimen de sociedades y concursos, Editorial Temis S.A. Bogotá, 1999 Pág.229

⁴³ CNV, comentarios al proyecto que se convirtió en Ley 27/90.

dirección de la sociedad. Para responder a esta distinción connatural a las grandes sociedades anónimas el proyecto reglamenta las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.

Al incorporar esta figura al derecho colombiano se establece un importante instrumento para que las sociedades anónimas puedan incrementar su capital vinculando los recursos de pequeños y medianos inversionistas sin que los antiguos accionistas se expongan al riesgo de perder la dirección y manejo de las mismas".

En este mismo sentido se pronunció la Superintendencia de Sociedades⁴⁴ así:

“La Ley 222 simplificó los requisitos para emitir estas acciones. “La nueva regulación, a diferencia de la anterior, se caracteriza por la flexibilidad en los requisitos a que está sujeta la emisión de tales acciones, pues de una parte hace más asequible el mecanismo a cualquier sociedad por acciones y, de otra, deja un amplio espacio a la autonomía privada para implementar las condiciones que resulten más adecuadas a las necesidades de cada sociedad en particular, según las reglas que estime conducentes el órgano social que apruebe el correspondiente reglamento, siempre que se dé cumplimiento a los requisitos fundamentales que determine la ley”.

El artículo 62 trae la “Aprobación del reglamento de suscripción. El reglamento de suscripción de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto deberá ser aprobado por la asamblea general de accionistas, salvo que ésta, al disponer la emisión, delegue tal atribución en la junta directiva.”

En cuanto a la naturaleza económica de las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, el Profesor Francisco Reyes⁴⁵, cita a William A. Klein que dice:

⁴⁴ Superintendencia de Sociedades, Oficio. 220-13353, marzo 13 de 1997

⁴⁵ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Ob., Cit., Pág. 230

“En la visión conceptual y en la práctica prevalecientes, las acciones ordinarias (capital) y los bonos (deuda) son la base de la estructura financiera de la sociedad. Son estas las modalidades clásicas o puras. Cualquier mecanismo adicional suele ser explicado, mediante comparación con las acciones ordinarias o los bonos. Las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto se describen como híbridos de los dos títulos-valores básicos atrás mencionados. Ello parece significar que respecto de algunos atributos, son semejantes a los títulos de deuda, en relación con otros, similares a los títulos representativos de capital, y, finalmente, respecto de otras características, son parecidos a ambos.”

En relación con los derechos que otorgan las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, esta clase de accionistas inversionistas, gozan de todos los derechos establecidos para las sociedades anónimas, a excepción del derecho de participación en la dirección y administración de los negocios sociales a través del voto en las asambleas generales de accionistas, pero, a cambio de ello, obtienen un dividendo obligatorio que se paga de preferencia siempre y cuando la sociedad genere utilidades al finalizar el ejercicio y el derecho a recibir preferencialmente su cuota social previo el pago del pasivo externo de la sociedad en caso de liquidación de la misma.

Es importante anotar en cuanto al derecho de preferencia, que si en los estatutos se estipuló el derecho de preferencia sin hacer alusión específica a los accionistas propietarios de acciones ordinarias y a los accionistas propietarios de acciones con dividendo preferencial y sin derecho de voto, la doctrina mayoritaria se inclina por la tesis que tanto los unos como los otros tendrán derecho de preferencia, pero en relación con la misma clase de acciones que poseen y no con otras, por la naturaleza misma de las unas y de las otras.

No obstante, los propietarios de acciones con derecho preferencial y sin derecho a voto, que por su misma naturaleza, no participan de la dirección y administración de la sociedad, la ley regula los casos singulares en que dichos accionistas

adquieren el derecho a votar: a) Cuando el máximo órgano social se encamina a tomar una decisión que en el evento de ser aprobada afectaría de alguna manera los derechos de los accionistas con derecho preferencial y sin derecho a voto y b) cuando la sociedad no haya generado utilidades por lo menos durante un ejercicio anual que le permita pagar el dividendo mínimo o cuando la superintendencia respectiva determine que se han ocultado o distraído beneficios que disminuyan las utilidades por distribuir, y con base en estas irregularidades determine que los titulares de estas acciones adquieren el derecho de voto.

7.3 POR COMPENSACIÓN

7.3.1 ACCIONES DE GOCE O INDUSTRIA

El artículo 380 del Código de Comercio en relación con esta clase de acciones dice: “ACCIONES DE GOCE O INDUSTRIA.- Podrán crearse acciones de goce o industria para compensar las aportaciones de servicios, trabajo, conocimientos tecnológicos, secretos industriales o comerciales, asistencia técnica y, en general, toda obligación de hacer a cargo del aportante. Los títulos de estas acciones permanecerán depositados en la caja social para ser entregados al aportante, en la medida en que cumpla su obligación, y mientras tanto, no serán negociables.

Los titulares de las acciones de goce o de industria tendrán los siguientes derechos:

1. Asistir con voz a las reuniones de la asamblea;
2. Participar en las utilidades que se decreten, y
3. Al liquidarse la sociedad, participar de las reservas acumuladas y valorizaciones producidas durante el tiempo en que fue accionista, en la forma y condiciones estipuladas.”

A diferencia de las acciones de capital en razón de la obligación del accionista adquirente, que es la de hacer un aporte de cualquier cosa que pueda ser apreciada en dinero corporal o incorporal, mueble o inmueble, en las acciones de industria el aporte es la actividad personal, es el trabajo humano, en especial cuando se trata de secretos industriales o conocimientos técnicos que son indispensables para el desarrollo de una determinada industria.

El aporte de industria puede hacerse de dos formas, sin liberar cuotas de capital y por tanto sin derecho a voto, participando solamente del superávit acumulado en el tiempo del aporte de la actividad o trabajo al desarrollo social; o liberando cuotas de capital, caso en el cual a medida que cumple la obligación del aporte con trabajo o actividad se le van entregando las acciones que se convierten en acciones de capital dando lugar a los mismos derechos que otorgan las acciones de capital, es decir, derecho de voto en las asambleas y a obtener el dividendo en caso de que la sociedad genere utilidades.

Como dice el Profesor Gabino Pinzón:⁴⁶ "El aporte de industria puede hacerse de dos maneras distintas, según el artículo 138 del Código: sin liberar cuotas de capital, es decir, sin que la acción de industria pueda convertirse en una acción de capital, una vez cumplida la labor objeto de la aportación; y para pagar con la industria tales cuotas, a medida que vaya siendo cumplida la obligación contraída por el aportante o suscriptor. (...) Como no hay aporte de capital, no hay en principio derecho a voto en las deliberaciones de la asamblea, puesto que en esta se miden los votos por el capital vinculado a la sociedad; por eso tampoco hay derecho a un reembolso de un aporte de capital que no se ha hecho y se participa solamente en el superávit acumulado durante el tiempo en el cual haya operado la vinculación de la sola industria a la empresa social. En el segundo caso, en cambio, las acciones van siendo liberadas o pagadas a medida que se va prestando el servicio o labor objeto de la aportación; por que el valor de tales acciones debe amortizarse con cargo a la cuenta de pérdidas y ganancias de cada

⁴⁶ PINZÓN, Gabino. Ob. Cit., Pág.185-186

ejercicio social, en la parte proporcional correspondiente, según se dispone en el artículo 139 del mismo código, en el cual se prevé expresamente esta hipótesis para las sociedades por acciones. Lo cual quiere decir que en la medida en que vayan siendo liberadas las acciones deben entregarse los correspondientes títulos a los aportantes de la industria y que desde entonces tales acciones como las acciones de capital ya liberadas en esta forma, confieren todos los derechos propios de una acción de capital.”

7.4 ACCIONES SUSCRITAS

Las acciones suscritas forman parte del capital suscrito de la sociedad, son las que se encuentran en circulación, son acciones ya emitidas por la sociedad y suscritas por los accionistas, de tal manera que los accionistas suscriptores ya han adquirido una serie de obligaciones y derechos respecto de la sociedad, y han tenido que pagar como mínimo la tercera parte del valor de cada acción suscrita, y si quedara algún saldo por pagar, éste ha de hacerse como mínimo dentro del año siguiente a la suscripción.

En relación con esta clase de acciones el Profesor Gabino Pinzón⁴⁷ dice: “ Las acciones suscritas, son, desde luego, las que se toman en cuenta para todo lo relacionado con el funcionamiento de la sociedad, pues que no es sino mediante la suscripción como se adquiere la calidad de accionista y como se contrae la obligación de contribuir a la formación del fondo social con nuevos aportes. Para efectos de las deliberaciones en las asambleas generales de accionistas y de las distribución de las utilidades sociales son estas acciones las que han de ser tomadas en cuenta, mientras no sean retiradas de la circulación, sea porque las adquiera la sociedad misma, sea por que se cancele el título, por mora en el pago de su importe, sea por que se reembolse su valor mediante una reducción del capital suscrito o durante la liquidación del patrimonio social. Por eso es el capital suscrito –suma del valor nominal de las acciones suscritas- el que se toma en

⁴⁷ PINZÓN, Gabino. Ob. Cit., Pág.192-193

cuenta para fijar el monto de la reserva legal obligatoria(art. 452) y las pérdidas del capital que pueden ocasionar la disolución de la sociedad (art. 457).”

La suscripción de acciones no requiere de reforma del contrato social, siempre que el valor total de las acciones suscritas no sobre pase el valor del capital autorizado de la sociedad, caso en el cual, ha de reformarse los estatutos sociales y aumentar el capital autorizado, para luego aumentar el capital suscrito y emitir éstas acciones. En la constitución de una sociedad anónima el capital suscrito debe ser como mínimo el 50% del capital autorizado, y el capital pagado debe ser como mínimo la tercera parte del capital suscrito.

En cuanto a la suscripción de acciones el Consejo de Estado⁴⁸ ha dicho:

“Del artículo 394 del Código de Comercio, se deduce que el contrato de suscripción de acciones no está sometido a formalidad de la inscripción en el registro mercantil, luego si bien el artículo 1º del Decreto 1154 de 1984 dispone que las sociedades por acciones deberán inscribir en el registro mercantil los aumentos del capital suscrito dentro del mes siguiente al vencimiento de la oferta para suscribir, tal precepto corresponde a la regla del artículo 376 del Código de Comercio según el cual al darse a conocer el capital autorizado se deberá indicar a la vez la cifra del capital suscrito y la del pagado, pero no por ello puede considerarse establecida ritualidad alguna para la suscripción de acciones.

Sólo por excepción, cuando la conformación o el aumento del capital suscrito tengan su expresión en contratos de constitución o reforma de la sociedad, hay lugar al impuesto sobre el importe correspondiente al capital suscrito o a su aumento según lo dispone el artículo 229 de la Ley 223 de 1995.

Como en el caso de la actora la inscripción no corresponde a un contrato de constitución o reforma de sociedad anónima, no se causó el impuesto de registro ni tuvo ocurrencia el hecho generador del mismo.

⁴⁸ Sentencia 9689. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Magistrado Ponente Dr. Germán Ayala Mantilla. Marzo 17 de 2000

No tiene la sociedad actora el carácter de sujeto pasivo del impuesto, porque según el artículo 227 de la misma ley, son sujetos pasivos del impuesto los particulares contratantes y los beneficiarios del acto o providencia sometida a registro.”

7.5 ACCIONES EN RESERVA

Son las que no se suscribieron en el momento de la constitución de la sociedad por acciones, pero que habiéndose creado en razón del capital autorizado o su aumento, corresponde a la Asamblea General de Accionistas emitir las cuando tenga a bien, son tan sólo una expectativa o posibilidad para vincular más accionistas o incrementar el aporte de los existentes, estas acciones forman parte del capital autorizado que aún no se ha suscrito y por lo tanto no existe una relación jurídica entre accionista y sociedad en relación con esta acción, solo existe la posibilidad de que dicha relación se genere hacia el futuro. Para poder hablar de acciones en reserva es necesario que el valor del capital autorizado sea superior al capital suscrito, puesto que la diferencia entre estos valores constituye las acciones en reserva que aún no se han suscrito.

7.6 ACCIONES LIBERADAS

Cuando el accionista ha pagado la totalidad del valor de las acciones suscritas por él, cumpliendo con la obligación de sus aportes, se dice que tiene acciones liberadas.

Así también las denomina el artículo 455 del Código de Comercio al tratar la FORMA Y ÉPOCA DEL PAGO DE LOS DIVIDENDOS: “Hechas las reservas a que se refieren los artículos anteriores, se distribuirá el remanente entre los accionistas.

El pago del dividendo se hará en dinero efectivo, en las épocas que acuerde la asamblea general al decretarlo y a quien tenga la calidad de accionista al tiempo de hacerse exigible cada pago.

No obstante, podrá pagarse el dividendo en forma de **acciones liberadas** de la misma sociedad, si así lo dispone la asamblea con el voto del ochenta por ciento de las acciones representadas. A falta de esta mayoría, sólo podrán entregarse tales acciones a título de dividendo a los accionistas que así lo acepten.

PAR.—Adicionado. L. 222/95, art. 33. En todo caso, cuando se configure una situación de control en los términos previstos en la ley, sólo podrá pagarse el dividendo en **acciones o cuotas liberadas** de la misma sociedad, a los socios que así lo acepten.

Las acciones liberadas significan que el accionista por haber pagado su aporte total, tiene derecho a que se le entregue un título definitivo, e igualmente los dividendos por utilidades se le pagarán en su totalidad.

7.7 ACCIONES NO LIBERADAS

Se designan así las acciones que no han sido pagadas en su totalidad por razón del plazo previsto para el pago en los estatutos o en el reglamento de colocación, ya advertimos que, al momento de suscripción de acciones es obligatorio para el accionista pagar como mínimo la tercera parte del valor de cada acción, y entre tanto no la pague en su totalidad, la sociedad le otorga un título meramente provisional que es sustituido por un título definitivo cuando el accionista pague la totalidad de la suscripción; así se desprende del artículo 400 del Código de Comercio que dice: “Mientras el valor de las acciones no esté cubierto íntegramente, sólo se expedirán certificados provisionales a los suscriptores. La transferencia de los certificados se sujetará a las condiciones señaladas en los estatutos, y del importe no pagado, responderán solidariamente cedentes y

cesionarios. Pagadas totalmente las acciones se cambiarán los certificados provisionales por títulos definitivos.” Lo que significa que los certificados provisionales pueden ser negociados de acuerdo con las condiciones estatutarias, pero en caso de cesión responden solidariamente cedente y cesionario por el saldo que no haya sido cubierto.

Al saldo por pagar, la ley le otorga un plazo máximo de un año a partir del momento de la suscripción de las acciones por parte del accionista y mientras esté al día con las cuotas, éste tiene facultad para ejercer los derechos del accionista.

En cuanto a las utilidades de las acciones no liberadas, de acuerdo con el artículo 150 del Código de Comercio: “La distribución de utilidades se hará en proporción a la parte pagada del valor nominal de las acciones, cuotas o partes de interés si en el contrato no se ha previsto válidamente otra cosa..”

En relación con los derechos del suscriptor con certificado provisional nos parece útil el siguiente concepto de la Superintendencia de Sociedades⁴⁹: “Derechos del suscriptor con certificado provisional. “Mientras no se cubra el valor total de la acción, la compañía expedirá un certificado provisional. Una vez pagado el aporte en su integridad, el ente jurídico por intermedio de su representante legal, cambiará el certificado provisional por el título definitivo, el cual deberá expedirse de conformidad con los requisitos previstos en el artículo 401 del código en comento.

Ahora bien, una vez expedidos el título o títulos (provisionales o definitivos), que acreditarán a su poseedor como accionista de la compañía, ésta deberá inscribir en el libro respectivo de accionistas los títulos respectivos, con indicación de su número y fecha de inscripción, el número de las acciones relativas a cada título (art. 195 del código tantas veces citado).

⁴⁹ Superintendencia de sociedades. Oficio AN-06956 de Marzo 30 de 1987.

El reconocimiento de la calidad de accionista se obtiene al expedírsele el título provisional o definitivo que lo acredita como tal y por ende entra a ejercer los derechos inherentes a tal situación jurídica (C. Co., art. 399).

Sin embargo, para que la sociedad pueda permitirle al accionista ejercer los derechos es imprescindible que el accionista no esté en mora de pagar las cuotas de las acciones que haya suscrito, porque si lo está le corresponde a la junta directiva de la compañía entrar a escoger uno de los arbitrios consagrados en el artículo 397, de la obra ya citada.

Debe precisarse, que mientras esté vigente el plazo para la cancelación del monto total del valor de las acciones y el accionista cancele oportunamente las cuotas que le corresponda, puede ejercer los derechos que le confiere la ley (arts. 379 y 397 del estatuto mercantil), en el caso contrario, es decir, que esté vencido el plazo para el pago de las cuotas de las acciones suscritas y éstas no hubieren sido cubiertas íntegramente, el accionista no podrá ejercer los derechos inherentes a ellas (art. 397 ya mencionado)".

8. ACCIONES NEGOCIABLES EN BOLSA DE VALORES INMOVILIZADAS O DESMATERIALIZADAS.

A las acciones que se negocian en la bolsa de valores, le son aplicables en su gran mayoría los conceptos, naturaleza jurídica, clases y características de las acciones que no se negocian en ella, pero sin lugar a dudas, su emisión, suscripción, y negociación por estar reguladas por normas especiales del mercado público de valores, cuyo máximo órgano es la Superintendencia de Valores, las hace más técnicas en todo el sentido de la palabra y le imprimen unas connotaciones especiales hasta el punto que en la actualidad no se negocian títulos físicos a través de la Bolsa de Valores de Colombia, las acciones que se pretendan negociar en bolsa deben estar inmovilizadas o desmaterializadas en el Depósito Centralizado de Valores (DECEVAL).

Las sociedades anónimas abiertas, emisoras de estas acciones, deben cumplir con una serie de requisitos mucho más exigentes que las sociedades cerradas, teniendo en cuenta que todo título valor que se pretenda negociar en el mercado de valores previamente debe ser inscrito en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios (RNVI), y a su vez, antes de negociar una acción es obligatoria su inscripción en la bolsa de valores, y el compromiso de obrar con transparencia, información, equidad, igualdad, oportunidad y cumplimiento.

8.1 EL MERCADO PUBLICO DE VALORES

Las operaciones que se desarrollan en el mercado público de valores son consideradas en nuestra constitución nacional en el artículo 335 como una actividad “de interés público y sólo puede ser ejercida previa autorización del estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito.” La resolución 400 de 1995 es una resolución de Sala de la Superintendencia de Valores donde se hizo una compilación de todas las resoluciones de Sala, para facilitar su aplicación y consulta y junto con la resolución 1200 de 1995 reglamentaria de ésta, emanada del Superintendente de valores y las resoluciones de la bolsa de valores constituyen la principal normatividad que regula este mercado.

El mercado público de valores es “un conjunto de agentes, instituciones, instrumentos y formas de negociación que interactúan facilitando la transferencia de capitales para la inversión a través de la negociación de valores.”⁵⁰

Esos agentes e instituciones, además del Ministerio de Hacienda a través de la Superintendencia de Valores, el Banco de la República, la Superintendencia Bancaria, la Superintendencia de Sociedades y otras instituciones del estado, que de una u otra manera se relacionan con los valores que se negocian, son

⁵⁰ Superintendencia de Valores. El mercado público de valores, su alternativa de inversión. Delegatura para Promoción y Desarrollo del Mercado. Bogotá, 2003. Pág 17

coordinadas por la Superintendencia de Valores en cuanto al mercado público de valores e interactúan con otros agentes y entidades que prestan sus servicios como la bolsa de valores, las comisionistas de bolsa, los comisionistas independientes, los depósitos centralizados de valores, las sociedades administradoras de fondos de inversión, los fondos de garantía, las calificadoras de valores, las bolsas agropecuarias, sus miembros de organismos de compensación y liquidación, para facilitar la transferencia de capitales para la inversión a través de la negociación de valores de una forma técnica y totalmente reglamentada y vigilada por la Superintendencia de Valores, para darle toda la seguridad y confianza al inversionista.

Sabemos que un título valor es “un instrumento negociable en el cual una persona invierte dinero con la esperanza de obtener una ganancia o rendimiento, que está relacionado con el riesgo, y el cual será pagado por el emisor del instrumento. Dependiendo de los derechos señalados en el título valor, éstos pueden ser de participación, de crédito o representativos de mercancías o puede tratarse de títulos mixtos.”⁵¹

En el mercado público se negocian títulos valores de renta fija, llamados también títulos de deuda, donde su rendimiento esta dado por una tasa fija o por una tasa variable y se pactan desde el inicio de la inversión por todo el período de duración de la misma; dentro de estos títulos tenemos: los títulos de tesorería TES, los bonos ordinarios y los bonos obligatoriamente convertibles en acciones, las aceptaciones bancarias y financieras, los papeles comerciales, los certificados de depósito a término CDT, los certificados de ahorro de valor constante, los títulos inmobiliarios, etc. El inversionista que adquiere estos títulos, por ese hecho, pasa a ser acreedor de la entidad emisora.

⁵¹ Superintendencia de Valores. El mercado público de valores, su alternativa de inversión. Delegatura para Promoción y Desarrollo del Mercado. Bogotá, 2003. Pág. 6

En el mercado público de valores también se negocian títulos de renta variable y en este caso, las acciones además de ser títulos de participación, donde su titular es propietario de una parte de la sociedad anónima emisora, son títulos de renta variable, por que su rendimiento está compuesto por los dividendos y la valoración en el precio, y sólo se determina con la liquidación de la inversión que está directamente relacionada con las utilidades que genere la empresa en un ejercicio social específico, el aumento o disminución de los precios de cotización de las acciones en la bolsa de valores y los privilegios pactados al momento de su emisión.

En la bolsa de valores específicamente en relación con esta clase de títulos, se negocian acciones ordinarias, acciones preferenciales y acciones privilegiadas, las cuales fueron tratadas en los puntos 7.2.1, 7.2.2, y 7.2.3 respectivamente.

8.1.1 MERCADO BURSÁTIL

El mercado bursátil se desarrolla por intermedio de la bolsa de valores y constituye el 10% del mercado público de valores, está regulado por normas técnicas y de alta precisión, para que la negociación de valores inscritos en el registro nacional de valores e intermediarios, se realice a través de las sociedades comisionistas de bolsa u otros agentes especialmente autorizados, en el que la bolsa de valores interviene en forma permanente en la búsqueda de condiciones de transparencia, equidad, igualdad, oportunidad y seguridad de cumplimiento, bajo la vigilancia de la Superintendencia de Valores.

En este mercado se negocian entre otros, las acciones ordinarias, las acciones preferenciales y las acciones privilegiadas, de las sociedades que cotizan en bolsa y tiene relación directa con el tema de este trabajo.

8.1.2 LA BOLSA DE VALORES

La Superintendencia de Valores⁵² dice que: “En esencia la bolsa de valores es un mercado en el cual compradores y vendedores concretan negocios a través de sus comisionistas de bolsa.”

La bolsa de valores es una sociedad anónima de carácter comercial privada sometida a la vigilancia de la Superintendencia de Valores, que cumple función de regulación u organización del mercado, por intermedio del reglamento de bolsa, ya sea, por su Consejo Directivo o por su Presidente, función sancionatoria a través de la Cámara Disciplinaria de la bolsa, cuando alguno de sus miembros a violado la constitución, la ley, un decreto o un reglamento; se puede ser miembro de la bolsa sin ser accionista de la misma. La sanción impuesta por la bolsa de valores es de carácter privada, semejante a la sanción de un club, de tal manera que un comisionista de bolsa puede ser sancionado por ésta, y recibir otra sanción por la Superintendencia de Valores, además de las posibles sanciones de carácter penal que le llegaren a corresponder. La bolsa de valores también tiene función de compensación y liquidación por intermedio de su Cámara de Compensación realizando el llamado neteo de valores al final del día y un neteo de cuanto debe y cuanto le deben a cada comisionista, dicha cámara no es de contraparte, es decir, no se mete en la operación, sólo vigila el cumplimiento pero no sale a realizar pagos de operaciones. En el país sólo existe una Bolsa de Valores, la Bolsa de Valores de Colombia S.A.-BVC, y los accionistas en su mayoría son las sociedades comisionistas de bolsa, aún cuando también lo pueden ser las corporaciones sin ánimo de lucro, las asociaciones, y cualquier persona natural o jurídica, siempre y cuando las normas estatutarias de la bolsa así lo permitan.

⁵² Superintendencia de Valores. El mercado público de valores, su alternativa de inversión. Delegatura para Promoción y Desarrollo del Mercado. Bogotá, 2003. Pág. 19

8.1.3 LAS SOCIEDADES COMISIONISTAS DE BOLSA

Las firmas comisionistas de bolsa son sociedades anónimas de carácter comercial y pueden ser cooperativas, son por excelencia intermediarios del mercado público de valores, cuya finalidad o efecto es unir oferta y demanda de valores, a través del contrato de comisión en el cual se compran y se venden valores a nombre propio pero por cuenta de otro, es decir, el negocio lo realiza la firma comisionista uniendo oferta y demanda. se caracterizan por ser entidades técnicas y profesionales especializadas en la compra y venta de valores de terceros, por lo cual cobran una comisión que debe ser previamente acordada con el comitente. Cuando el comitente incumple la operación o se retira del negocio, la comisionista responde y cumple la operación. Las sociedades comisionistas de bolsa son las únicas que pueden hacer comisión de bolsa.

Estas firmas están autorizadas para realizar contratos como comisionistas de valores, administrar portafolios de terceros, administrar valores, administrar fondos de valores, negociar divisas, asesorar en el mercado de valores o banca de inversión, celebrar el contrato de corretaje, intermediar en el mercado cambiario y realizar operaciones por cuenta propia donde compran y venden valores a su propio nombre sacando márgenes en las operaciones, es decir, se obligan con sus propios recursos, estas compras las pueden efectuar en el mercado primario, en el cual la firma comisionista va directamente al emisor y adquiere los títulos que salen por primera vez al mercado y por medio de un contrato que se denomina underwriting.

8.1.4 DEPOSITOS CENTRALIZADOS DE VALORES PARA EMISIÓN DE ACCIONES INMOVILIZADAS O DESMATERIALIZADAS

Los depósitos centralizados de valores fueron creados con el fin de eliminar el riesgo que representa para sus tenedores legítimos el transporte de títulos físicos,

inmovilizando los mismos en el depósito o desmaterializándolos y creando un macro-título a cambio de las grandes cantidades de títulos físicos, además, otorgando una mayor rapidez a las transacciones en el mercado secundario y facilitando el cobro de rendimientos de capital e intereses.

En Colombia funcionan dos depósitos centralizados de valores: uno de carácter público el Depósito Centralizado de Valores (DCV), el cual funciona desde 1992 y se encarga de recibir en depósito y administración los títulos emitidos, garantizados o administrados por el Banco de la República y los valores que constituyan inversiones forzosas o sustitutivas a cargo de las sociedades sometidas a la inspección o vigilancia de la Superintendencia Bancaria y que sean distintos de acciones, corresponde a la Junta Directiva del Banco de la República establecer las personas que pueden vincularse al DCV como depositantes directos. A su turno el Depósito Centralizado de Valores de Colombia “DECEVAL S.A.,” recibió autorización de funcionamiento mediante resolución 702 del 4 de julio de 1993 por la Superintendencia de Valores, e inició labores a partir del mes de abril de 1994. DECEVAL recibe en depósito valores que hayan sido inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios. De acuerdo con el Informe de Colombia de la Superintendencia de Valores:⁵³ En diciembre de 2000 tenía en custodia \$13.561 miles de millones pertenecientes a valores de emisiones privadas de los cuales \$3.072 miles de millones eran títulos de renta variable. Igualmente en diciembre de 2000 se encontraban en depósito \$8.195 miles de millones de valor nominal de emisiones públicas. Estas cifras muestran que el valor en depósito en el DECEVAL frente al mercado es de un 26.5 por ciento.

El valor en depósito de emisiones desmaterializadas a diciembre de 2000 para valores de entidades públicas fue de \$5.171 miles de millones y para valores del sector privado de \$3.219 miles de millones; lo cual corresponde al 39 por ciento del total en depósito en esa fecha.“

⁵³ Superintendencia de Valores. Informe de Colombia. Bogotá, Agosto de 2001. Pág. 86

De acuerdo con los artículos 4, 5 y 7 sección I, capítulo II del Decreto 437 de 1992 los procedimientos de registro y custodia de valores se realizan a través del Contrato de Depósito de Valores por medio del cual una persona jurídica autorizada para ello obrando por cuenta propia o de un tercero confía títulos a una persona administradora de un depósito centralizado de valores, la cual se obliga a custodiarlos, a administrarlos cuando el depositante lo solicite y a registrar los gravámenes y enajenaciones que aquel le comunique. El contrato de depósito de valores se perfecciona por el endoso en administración y la entrega de los títulos a la sociedad que administre un depósito centralizado de valores. El endoso en administración no transfiere el derecho de dominio, por lo cual la sociedad administradora de un depósito centralizado de valores no adquiere la propiedad de esos títulos.

El sistema de registro electrónico de anotación en cuenta se basa en la metodología de saldos en depósito, agrupando los valores por emisor y por especie, aplicando el principio de fungibilidad. Este sistema de registro se asimila al sistema de cuenta corriente. El sistema asigna al depositante directo una cuenta de depósito y dentro de ella destina una subcuenta de depósito para cada depositante indirecto vinculado a éste.

En DECEVAL la custodia se realiza mediante la inmovilización de los valores físicos en una bóveda de seguridad. Para el depósito de emisiones existe en custodia un macro-título físico como respaldo de la emisión, por esta razón decimos que en la actualidad no se negocian títulos físicos a través de la Bolsa de Valores de Colombia, las acciones que se pretendan negociar en bolsa deben estar inmovilizadas o desmaterializadas en el Depósito Centralizado de Valores (DECEVAL).

8.2 VALORACIÓN DE LAS ACCIONES NEGOCIABLES EN BOLSA A PRECIOS DE MERCADO

Con la premisa de que las cosas valen por lo que pagan por ellas, desde 1995 en Colombia tanto la Superintendencia Bancaria como la Superintendencia de Valores establecieron criterios y procedimientos para la valoración de las inversiones de sus entidades vigiladas, los que se unificaron a través de la resolución 550 de 2002 de la Superintendencia de Valores y la circular externa 033 de la Superintendencia Bancaria. En cuanto a la valoración de un título significa que los derechos incorporados en un valor se deben reconocer de acuerdo con la realidad económica vigente, y en este mismo sentido debe registrarse contablemente y divulgar al mercado su valor justo de intercambio.

Para la valoración de acciones o títulos de participación se tiene en cuenta el índice de bursatilidad accionaria que clasifica una acción como de alta, media, baja, o mínima bursatilidad, midiendo la comerciabilidad o liquidez de una acción, determinada por la frecuencia de negociación y los volúmenes promedio negociados, la composición del índice de bursatilidad accionaria y su cálculo están indicados en los artículos 1.2.1.1 al 1.2.1.3 de la Resolución 1200 de 1995 de la Superintendencia de Valores.

La Superintendencia de valores⁵⁴ determinó que para la valoración de “acciones o valores a los que se les calcula el índice de bursatilidad, se valoran así:

Alta Bursatilidad: se valoran por el precio promedio ponderado diario de negociación, si no existiera ese precio por el último registrado, publicados por la bolsa de valores.

⁵⁴ Superintendencia de Valores. El mercado público de valores, su alternativa de inversión. Delegatura para Promoción y Desarrollo del Mercado. Bogotá, 2003. Pág.38

Media Bursatilidad: por el precio promedio ponderado de las negociaciones de los últimos cinco días, publicado por las bolsas.

Baja Bursatilidad: por el costo de adquisición disminuido o aumentado en el porcentaje que corresponda por variaciones en el patrimonio de la empresa emisora; por el precio que determine un agente especializado en la valoración de activos mobiliarios, o por el método que refleje en forma adecuada el valor económico de la inversión; métodos aprobados por la Superintendencia de Valores”

8.3 NEGOCIACIÓN DE ACCIONES A TRAVÉS DE LA BOLSA DE VALORES

Para la negociación de acciones en la bolsa de valores, reiteramos, es obligatorio el cumplimiento previo por parte de las sociedades anónimas abiertas emisoras, de una serie de requisitos mucho más exigentes que las sociedades cerradas, teniendo en cuenta que todo título valor que se pretenda negociar en el mercado de valores previamente debe ser inscrito en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios (RNVI), y a su vez, antes de negociar una acción es obligatoria su inscripción en la bolsa de valores, y el compromiso de obrar con transparencia, información, equidad, igualdad, oportunidad y cumplimiento, no sólo en la realización de las operaciones, sino en el desarrollo del objeto social de la sociedad emisora, comunicando toda información que de una u otra manera influya en el precio de cotización de la acción emitida, para lo cual la misma bolsa de valores y la Superintendencia de valores inspeccionan, vigilan y controlan el cumplimiento estricto de las normas que regulan esta actividad. También habíamos dicho que en la actualidad no se negocian títulos físicos a través de la Bolsa de Valores de Colombia, por tanto, las acciones que se pretendan negociar en bolsa, deben estar inmovilizadas o desmaterializadas en el Depósito Centralizado de Valores (DECEVAL), teniendo previamente la sociedad emisora que realizar un contrato de depósito de emisión, con DECEVAL, tal como lo tratamos anteriormente en el punto 8.1.4.

Dice la Superintendencia de Valores⁵⁵ que: “Las acciones se negocian en la bolsa de valores a través del Sistema Electrónico de Transacción e Información de Acciones, que en la actualidad es controlado por la Bolsa de Valores de Colombia; el acceso para negociar en este sistema es exclusivo para las sociedades comisionistas de bolsa las cuales acceden mediante estaciones electrónicas de trabajo remotas. (...) En el cumplimiento de las operaciones resultantes de las negociaciones, la sociedad comisionista de bolsa vendedora deberá entregar lo vendido en condiciones de ser transferido al comprador, esto es, el valor debe estar libre de: gravámenes, limitaciones de dominio o de derechos, demandas, medidas cautelares o pleitos y, la entrega del título vendido se hace a través del Depósito Centralizado de Valores.”

Debe tenerse en cuenta que adicionalmente a la rueda electrónica de operación de acciones, también funciona la rueda de viva voz destinada a las ofertas públicas de intercambio y las operaciones martillo, en los procesos de privatización del Estado.

Para comprar o vender acciones que se negocian en la bolsa de valores, es pues, indispensable la intermediación de una sociedad comisionista miembro de la bolsa de valores, ya dijimos que, no se puede acceder directamente a negociar en bolsa por que así está reglamentado su funcionamiento, y esto le da mayor seguridad y seriedad al cumplimiento de las operaciones, de esta manera, el comisionista presta toda la asesoría, teniendo en cuenta las diferentes opciones de inversión o venta, de acuerdo con la rentabilidad, solidez de la compañía emisora y todos los factores que puedan influir en la decisión, consultando los precios e informándolos al cliente.

Tomada la decisión, se debe pactar el valor de la comisión, y el comisionista anota la orden en el libro de órdenes correspondiente, teniendo en cuenta que primero

⁵⁵ Superintendencia de Valores. El mercado público de valores, su alternativa de inversión. Delegatura para Promoción y Desarrollo del Mercado. Bogotá, 2003. Pág.22

en el tiempo primero en el derecho, buscando siempre el mejor precio y condiciones para su cliente. Si lo que se realizó fue una operación de compra el cliente recibe un comprobante de la operación y la bolsa de valores exigirá el cumplimiento estricto de las obligaciones contraídas y la entrega de los respectivos certificados, por cuanto las acciones están inmovilizadas o desmaterializadas en el Depósito Centralizado de Valores de acuerdo con la operación pactada y la compensación oficial de bolsa. Si lo que se realizó fue una operación de venta de acciones, el cliente previamente había dado instrucciones a su comisionista sobre el precio y condiciones al cual debería ofrecer, realizada la operación el cliente recibe igualmente un comprobante confirmando la operación; la entrega de los dineros recibidos por la venta se hacen de acuerdo con las condiciones pactadas y la compensación oficial de la bolsa.

BIBLIOGRAFÍA

BRUNETTI, Antonio. Tratado del Derecho de las Sociedades, Sociedad por acciones. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, Buenos Aires, 1960.

CNV, comentarios al proyecto que se convirtió en Ley 27/90.

FERRO MÉNDEZ, Heliodoro. Sociedades Legislación, Conceptos, Doctrina. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 1997.

GALGANO, Francesco. Derecho Comercial, Sociedades. Editorial Temis S.A., Bogotá, 1999.

GARCÍA, Martha Eva. Revista Derecho Comercial de las Obligaciones. Ediciones de Palma. Vol 3, No 13-18. Buenos Aires 1970.

GARRIGUES, Joaquín y URÍA Rodrigo. Comentario a la ley de Sociedades Anónimas, Tomo I. Imprenta Samarán Mallorca, Madrid, 1953.

LAGUADO MONSALVE, Darío. Las Acciones de Sociedades Anónimas son Títulos Valores. Universitas Ciencias Jurídicas y Socio Económicas No 44. Bogotá, Junio de 1973.

NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Las Sociedades por Acciones. Ediciones Doctrina y Ley., Bogotá, 1993.

NOGUERA CALDERÓN, Rodrigo y otros. La sociedad anónima evolución financiera en la década del setenta. Superintendencia de Sociedades tomo I. Bogotá, 1982.

PINZÓN, Gabino. Sociedades Comerciales. Editorial Temis., Bogotá, 1989.

POSSE ARBOLEDA, León. Los Títulos de Acciones no son Títulos Valores. Universitas Ciencias Jurídicas y Socio Económicas No 42. Bogotá, Junio de 1972.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Reforma al régimen de sociedades y concursos, Editorial Temis S.A. Bogotá, 1999.

SUÁREZ FRANCO, Roberto. La acción en las sociedades anónimas. Universitas Ciencias Jurídicas y Socio Económicas No 23. Bogotá, Noviembre de 1962.

Supersociedades, Oficio. OA-17015, de agosto 25 de 1980.

Superintendencia de sociedades. Oficio AN-06956 de Marzo 30 de 1987

Superintendencia de Sociedades, Concepto publicado en el boletín jurídico N° 7 de mayo de 1994.

Superintendencia de Sociedades, Oficio. 220-13353, marzo 13 de 1997

Superintendencia de Sociedades, Circular Externa No 25 de noviembre 18 de 1997.

Supersociedades, Oficio No 220-73196, noviembre 19 de 1998.

Superintendencia de sociedades, Oficio 220-002042, de Enero 25 de 2002

Superintendencia de Valores. Informe de Colombia. Bogotá, Agosto de 2001.

Superintendencia de Valores. El mercado público de valores, su alternativa de inversión. Delegatura para Promoción y Desarrollo del Mercado. Bogotá, 2003.

JURISPRUDENCIA

Sentencia 9689. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Magistrado Ponente Dr. Germán Ayala Mantilla. Marzo 17 de 2000.

AUTO de Febrero 7 de 2002, expediente 21845, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente Dr. Alier Hernández

ANEXO 1

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente

Germán Ayala Mantilla

Ref.: Exp.: 25000-23-27-000 12395-01 Radicado 9689

Actor: Cervecería Leona S.A.

Impuesto de registro-devolución

Santafé de Bogotá, D.C., Diecisiete (17) de marzo de dos mil (2000).

Fallo

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia de mayo 3 de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho incoado contra los actos administrativos por los cuales se negó la devolución del impuesto de registro y sanción por mora recaudado por la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá.

Antecedentes

El 3 de octubre de 1996 Cervecería Leona S.A. solicitó ante la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá D.C., la devolución de las sumas indebidamente pagadas así:

1. \$ 294.008.510 por concepto de impuesto de registro según recibo de pago N° R-0000017493 de septiembre 13 de 1996, por la solicitud de inscripción de un certificado de revisor fiscal sobre aumento del capital suscrito de la compañía, equivalente a \$ 42.000.000.000, resultado de 42.000.000 de acciones suscritas por un valor nominal de \$1.000.

2. \$ 11.083.800 por concepto de intereses de mora liquidados sobre el valor anterior, según recibo de pago R-000078762 de octubre 2 de 1996.

Mediante oficio N° 023733 de noviembre 7 de 1996, la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá negó la solicitud de devolución.

Contra el citado oficio la actora interpuso recurso de reposición y subsidiario de apelación, los cuales fueron resueltos con las resoluciones 014 de febrero 3 de 1997 de la misma Cámara de Comercio y 912 de junio 12 de 1997 de la Superintendencia de Industria y Comercio, confirmando el acto recurrido.

Demanda

En la demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca señaló el apoderado judicial de la actora como parte demandada al departamento de Cundinamarca y formuló las siguientes peticiones:

1. Principal. Se declare la nulidad de la comunicación mediante la cual la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá negó la solicitud de devolución de las sumas indebidamente pagadas por concepto de impuesto de registro e intereses de mora, así como de las resoluciones que decidieron los recursos interpuestos.

A título de restablecimiento del derecho se ordene la devolución de la totalidad de las sumas solicitadas, actualizadas, más los intereses a que se haya lugar, teniendo en cuenta las fechas en que se verificó el pago.

2. Subsidiaria. Se declare la nulidad de los mismos actos citados en la petición principal y en su lugar se practique una nueva liquidación según la cual el impuesto de registro a cargo de Cervecería Leona S.A. equivale a \$ 18.950 o sea cuatro salarios legales mínimos diarios según valor previsto para 1996 por el Decreto 2310 de 1995, que es el monto previsto en la ley para los actos, contratos y negocios jurídicos sin cuantía.

A título de restablecimiento del derecho se disponga la devolución de la suma de \$ 305.073.360, actualizada, más los intereses a que haya lugar, teniendo en cuenta las fechas en que se verificó el pago.

Como normas violadas señaló los artículos 226, 227 de la Ley 223 de 1995; 338, 113, 6º y 3º de la Constitución Política y como fundamento de la violación expuso: Según el artículo 394 del código de Comercio el contrato de suscripción de acciones es eminentemente consensual, no está sometido a formalidades especiales y puede acreditarse por cualquier medio de prueba. Si bien el artículo 1º del Decreto 1154 de 1984 dispone que deben inscribirse en el registro mercantil los aumentos de capital suscrito, dentro del mes siguiente al vencimiento de la

oferta para suscribir, ello no constituye ninguna solemnidad o requisito ad probationem, pues su razón de ser es dar a conocer el capital autorizado, la cifra del capital suscrito y la del pagado (C.Co., art. 376).

Sólo por excepción la ley prevé que se causa el impuesto de registro respecto del aumento del capital suscrito de sociedades anónimas, cuando se trata de inscripción de contratos de constitución o reforma, pero en el caso de la sociedad demandante la inscripción no correspondió a un contrato de constitución o reforma, por lo que no se causó el impuesto de registro ni tuvo ocurrencia el hecho generador.

Según la ley son sujetos pasivos del impuesto de registro los particulares contratantes o beneficiarios del “acto sometido a registro”, al ser la suscripción de acciones un contrato no sujeto a formalidad, no puede darse a la demandante la calidad de sujeto pasivo del impuesto de registro.

Los actos acusados desconocen preceptos constitucionales porque tienen como sustento un hecho generador que no existe; amplían los hechos generadores a casos no previstos por el legislador, infringen el principio de legalidad de la función pública y conllevan un ejercicio del poder en términos extraños a los previstos en la Constitución Política.

El certificado que expide el revisor fiscal para los fines previstos en el artículo 1º del Decreto 1154 de 1984 no tiene la condición de acto, ni documento, ni negocio jurídico del que pueda predicarse la causación del impuesto, porque cumple simplemente la función de informar a la cámara de comercio el importe actualizado del capital suscrito, información que no es realmente un acto sometido a la formalidad del registro sino que ha de allegarse por simple disposición reglamentaria. En el supuesto caso de que pudiera considerarse como un acto sometido a registro, estaría sujeto a la regla de tributación prevista para los actos sin cuantía, como ocurre con “la inscripción de la certificación correspondiente al capital pagado”.

El acto administrativo acusado al liquidar el impuesto en función del importe del aumento del capital suscrito y no a la luz de las reglas previstas para los actos sin cuantía, violó las siguientes disposiciones: el artículo 230 literal c) de la Ley 223 de

1995 según el cual los actos, contratos o negocios sin cuantía están sometidos a un impuesto que oscila entre dos y cuatro salarios mínimos diarios legales, según lo establezca la respectiva asamblea departamental; el artículo 6° del Decreto Reglamentario 650 de 1996 que reitera que los actos sin cuantía están sometidos a un impuesto equivalente a dos o cuatro salarios mínimos legales; el artículo 3° de la ordenanza departamental de la Asamblea de Cundinamarca N° 02 de febrero 26 de 1996, según la cual los actos sin cuantía, cuando sean materia del impuesto, están sometidos a una tarifa equivalente a cuatro salarios mínimos legales diarios; y los citados preceptos constitucionales en lo que atañe a la base gravable y la tarifa.

La demanda fue admitida mediante auto de noviembre 14 de 1997, ordenando su notificación personal al procurador judicial delegado, al gobernador del departamento de Cundinamarca, al presidente de la Cámara de Comercio de Bogotá y al Superintendente de Industria y Comercio.

Oposición

La apoderada judicial del departamento de Cundinamarca propuso como excepciones el no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios por pasiva, puesto que quienes emitieron los actos demandados fueron la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, competente para liquidar y recaudar el impuesto y la Superintendencia de Industria y Comercio que resolvió los recursos propuestos.

Respecto a las pretensiones de la demanda argumento que si bien los aumentos de capital suscrito o pagado no constituyen per se una reforma estatutaria, circunstancia que genera un vacío en el manejo y liquidación del impuesto de registro, sobre el particular deben observarse los artículos 6°, 8° y 14 del Decreto 650 de 1996 y el artículo 1° del Decreto 1154 de 1984.

El apoderado judicial de la Superintendencia de Industria y Comercio consideró que la decisión adoptada por la Cámara de Comercio de Bogotá se fundamentó en la normatividad vigente, en especial en el artículo 8° literal c) del Decreto 650 de 1996 y que de otra parte era viable aplicar la sanción por extemporaneidad según el artículo 1° del Decreto 1154 de 1984 ante la ausencia de otras disposiciones

que indiquen términos específicos para la inscripción en el registro de actos como las certificaciones de revisor fiscal sobre aumento del capital suscrito.

Por su parte el apoderado judicial de la Cámara de Comercio de Bogotá propuso la excepción de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios, puesto que siendo la Cámara de Comercio y la Superintendencia de Industria y Comercio las entidades que expidieron los actos demandados, han debido ser designadas como partes en la demanda.

De igual manera debió demandarse al Distrito Capital de Santafé de Bogotá, en la medida en que el impuesto de registro se destina en un 70% al departamento de Cundinamarca y en un 30% al Distrito Capital y en la demanda sólo se designó al departamento de Cundinamarca.

En defensa de la legalidad de los actos acusados argumentó que en la demanda se confunde la “suscripción de acciones” con el “aumento de capital suscrito”, cuando de conformidad con el artículo 1º del Decreto 1154 de 1984 lo que debe inscribirse en el registro mercantil es la certificación del revisor fiscal sobre el aumento del capital suscrito y el monto de capital pagado. Además el Decreto 650 de 1996 y la Ley 223 de 1995 gravan con el impuesto de registro la certificación sobre “aumento del capital suscrito” y sobre “el capital pagado”, o sea que las normas en mención no se refieren a “suscripción de acciones” definida en el artículo 384 del Código de Comercio como “un contrato”, lo cual defiere notoriamente de la certificación de revisor fiscal que es lo debatido en el proceso.

Considera que de acuerdo con el literal b) del artículo 8º del Decreto 650 de 1996, “en la inscripción del documento sobre aumento del capital suscrito o de aumento de capital social, el impuesto se liquidará sobre el valor del respectivo aumento de capital” y como quiera que la certificación de la revisora fiscal de Cervecería Leona S.A. registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá, certifica no sólo el aumento del capital suscrito sino también el capital pagado, sea preciso aplicar el inciso 2º del artículo 2º del Decreto 650 de 1996, según el cual cuando un mismo documento contenga diferentes actos sujetos a registro el impuesto se liquidará sobre cada uno de ellos aplicando la base gravable y tarifa establecidas en la ley, en consecuencia no puede decirse que sobre la certificación de aumento de

capital, procede la liquidación del impuesto como si se tratara de un documento sin cuantía.

La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia de mayo 3 de 1999 declaró no probadas las excepciones propuestas por la apoderada del departamento de Cundinamarca relativas a no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios al no haberse demandado a la cámara de comercio y a la Superintendencia de Industria y Comercio como entidades que profirieron los actos acusados; así mismo la falta de legitimación por pasiva, por considerar que de acuerdo con los artículos 234 y 235 de la Ley 223 de 1995 al departamento de Cundinamarca corresponde el 70% del impuesto de registro y es el competente para administrarlo y controlarlo, por lo que no procede desvincularlo del proceso.

En cuanto a la excepción propuesta por el apoderado de la Cámara de Comercio de Bogotá declaró probada la “excepción de inepta demanda y como consecuencia de ello se inhibe para proferir fallo de mérito. Al efecto expuso:

“El apoderado de la cámara de comercio interpone la excepción de falta de litisconsorte necesario y argumentó que en las resoluciones relativas al impuesto de registro “del cual se destina en un 70% al departamento de Cundinamarca y en un 30% al Distrito Capital de Santafé de Bogotá, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 234 de la Ley 223 de 1995””.

“La Sala observa que efectivamente en el libelo introductorio solamente se designa como demandado al departamento de Cundinamarca, pero en el auto de admisión de la demanda, obrante a folio 52 del expediente se ordenó notificar al procurador judicial, al gobernador del departamento de Cundinamarca, al presidente de la cámara de comercio y a la Superintendencia de Industria y Comercio”.

“Ahora bien, el artículo 234 de la Ley 223 de 1995, como lo manifiesta la cámara de comercio, da una participación del 30% al Distrito Capital y del 70% al departamento de Cundinamarca, de los ingresos correspondientes al impuesto de registro, lo que quiere decir que el Distrito Capital tiene interés económico en el

resultado de este proceso, por lo que debía ser notificado para una adecuada defensa de sus intereses”.

“Si se tiene en cuenta que las excepciones son medios de defensa legítimos que pueden esgrimir los demandados en defensa de sus intereses y dentro de las diversas clases de ellas, existen las de mérito, que van a controvertir el fondo del asunto, y las procesales, que impide la culminación del respectivo juicio, en este evento, al no haberse notificado al distrito, existe un impedimento procesal para la finalización de la litis, al no intervenir uno de los interesados con violación de su derecho de defensa”.

SALVAMENTOS DE VOTO

De la decisión mayoritaria se apartaron los siguientes magistrados: doctor Fabio Castiblanco C., por considerar que debió anularse el proceso a partir del auto admisorio de la demanda y conformar el litisconsorcio necesario, en virtud de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y el acceso a la justicia.

Doctora María Inés Ortiz Barbosa por cuanto así como en el auto admisorio de la demanda se ordenó notificar a la cámara de comercio y a la Superintendencia de Industria y Comercio, entidades no citadas por el demandante, debió notificarse también al Distrito Capital; o bien pudo decretarse la nulidad de lo actuado con apoyo en el artículo 140 numeral 9º del Código de Procedimiento Civil. Consideró que en caso de no decretarse la nulidad, bien pudo fallarse de fondo y si hubiese sido procedente la nulidad demandada, ordenarse exclusivamente la devolución sobre la cuarta parte correspondiente al departamento de Cundinamarca.

Doctora Jeannete Carvajal Basto, manifestó adherirse en su totalidad al salvamento de voto emitido por la Magistrada María Inés Ortiz Barbosa.

El recurso de apelación.

El apoderado judicial de la actora apeló la sentencia del tribunal en los siguientes términos:

El fallo apelado desconoce lo establecido en la ley en torno a la titularidad del impuesto de registro, así como la naturaleza hacendística de las “participaciones” en los ingresos estatales y pasa por alto una importante tradición en torno a la distribución de los recursos públicos entre los diferentes niveles del Estado.

De seguirse el criterio que informa la sentencia, en todas las demandas relacionadas con impuestos nacionales se tendría que solicitar la citación de los departamentos y municipios, en razón a que todos ellos, por disposición constitucional, tienen interés económico en los recaudos provenientes de tales impuestos, porque la participación municipal y el situado fiscal se liquidan en función de los ingresos corrientes, los cuales están constituidos por ingresos tributarios y no tributarios, según los artículos 356 y 358 de la Constitución Política.

Igual tendría que adaptarse que en todos los litigios sobre el impuesto a las ventas que se presentaron durante la vigencia de la “cesión del impuesto a las ventas a los municipios”, las demandas debieron haberse dirigido no sólo contra la Nación, sino también contra los municipios del país porque todos sin excepción reciben un porcentaje del impuesto recaudado desde la Ley 12 de 1986, situación que es similar a la que se aborda en el presente proceso.

A tal conclusión jamás arribó la jurisdicción contenciosa, porque el hecho de que la hacienda pública acuda a instituciones como la participación en determinados impuestos no significa que la titularidad del impuesto de que se trate sea de nivel nacional o subnacional. Además no reparó la sentencia impugnada en que no sólo la ley de manera expresa señala que son los departamentos los titulares del impuesto de registro (L. 223/95, arts. 230, 232, 233 y 235), sino que también así lo declaró la Corte Constitucional en sentencia C-219 de abril 24 de 1997; y que el departamento de Cundinamarca y el Distrito Capital son simples expresiones del Estado en el orden subnacional.

Desconoce el tribunal el principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, porque en el supuesto evento de que en verdad hubiera sido necesario vincular al Distrito Capital, lo procedente no sería el fallo inhibitorio, sino hacer obrar las normas procesales que permiten al juez integrar el litisconsorcio necesario.

Sobre el fondo del litigio se remite a lo expuesto en la demanda y el alegato de conclusión y recuerda que la norma que sirvió de referencia para la liquidación del

impuesto de registro, cuya devolución se pretende, fue declarada nula por sentencia de septiembre 4 de 1998, cuya copia simple anexa.

Alegatos de conclusión

Departamento de Cundinamarca

Manifiesta la apoderada judicial reiterar los planteamientos presentados ante el tribunal según los cuales los actos acusados no fueron emitidos por el departamento de Cundinamarca, sino por la cámara de comercio y la Superintendencia de Industria y Comercio, entidades competentes para el efecto. Además considera que asiste razón al tribunal en cuanto a que es inepta la demanda por no haberse dirigido también contra el Distrito Capital.

La parte actora

Resume los fundamentos expuestos en el recurso de apelación y adicionalmente señala que el Distrito Capital no tuvo ninguna participación en los actos que conformaron la vía gubernativa. Solicita se revoque la sentencia apelada y en su lugar se profiera sentencia de fondo atendiendo a los términos de la demanda, y aunque considera que no hay lugar a ello se cite al Distrito Capital, para que una vez hecho lo propio se resuelva el fondo de la litis.

Superintendencia de Industria y Comercio

Señala el apoderado judicial que la decisión adoptada por la cámara de comercio en los actos acusados se fundamentó válidamente en la normatividad vigente y en especial en el artículo 8º numeral c) del Decreto 650 de 1996, y artículo 2º de la Ordenanza N° 2 de la Asamblea de Cundinamarca que señalan la liquidación del impuesto de registro.

Considera que el fundamento para aplicar la sanción por extemporaneidad es que a las certificaciones de revisor fiscal sobre aumento del capital suscrito, no le es aplicable el artículo 14 del Decreto 650 de 1996, sino el artículo 1º del Decreto 1154 de 1984, según el cual las sociedades por acciones deben inscribir los aumentos de capital suscrito dentro del mes siguiente al vencimiento de la oferta para suscribir, esto es antes del 11 de agosto de 1996 en el caso en estudio, y que tales certificaciones no corresponden a un acto sin cuantía, porque según el literal

b) del artículo 8° ibídem la inscripción del documento sobre aumento de capital suscrito debe liquidarse sobre el valor del respectivo aumento de capital.

Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá

Manifiesta el apoderado judicial que la Cámara de Comercio de Bogotá, actuó conforme a lo ordenado en preceptos de orden legal, artículos 233 de la Ley 223 de 1995; 11 y 12 del Decreto 650 de 1996 y Ordenanza 02 de febrero 26 de 1996 de la Asamblea de Cundinamarca, al liquidar y recaudar el impuesto de registro correspondiente a la solicitud de inscripción en el registro mercantil de la certificación de la revisora fiscal de Cervecería Leona S.A., donde constaba el aumento de capital suscrito en la cantidad de \$ 42.000.000.000, que la obligatoriedad de esta inscripción se fundamenta en el artículo 376 del Código de Comercio desarrollado por el artículo 1° del Decreto 1154 de 1984, y que el impuesto se liquidó con base en los artículos 230 de la Ley 223 de 1995 y el artículo 8 literal b) del Decreto 650 de 1996.

Considera que para el caso en estudio reviste importancia lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 12 del citado decreto, según el cual el valor del impuesto correspondiente al Distrito Capital será consignado por las cámaras de comercio en la tesorería o en las entidades financieras autorizadas para el efecto, diligenciando los recibos de pago que establezca el distrito, por lo que no se trata de una participación genérica como ocurre en otros impuestos, sino de un caso específico y concreto contemplado en la Constitución Política y la ley.

A su vez el reglamento establece la obligatoriedad que tiene la cámara de comercio de consignarle al Distrito Capital el aludido tributo y hecho el pago, se anexa el recibo correspondiente a la declaración que se envía al departamento de Cundinamarca.

Informa sobre el procedimiento que se realiza para la presentación y pago del impuesto de registro y acompaña las declaraciones correspondientes a septiembre y octubre de 1996 con los respectivos comprobantes de pago al departamento de Cundinamarca, por lo cual considera, no cabe duda sobre el interés económico que tenía el Distrito Capital en la devolución del impuesto de registro reclamado por la actora, solicitando por ello la confirmación del fallo impugnado.

Ministerio Público

Representado en esta oportunidad por la procuradora séptima delegada ante la corporación conceptúa que la sentencia apelada debe ser revocada y al efecto expone:

El tribunal confunde las formalidades de la demanda con la necesidad de citar al proceso a todas las personas que tengan interés en los resultados del mismo.

En los procesos contenciosos la demanda es inepta cuando no reúne los requisitos que señalan los artículos 137, 138 y 139 del Código Contencioso Administrativo. La demanda promovida por la actora reúne la totalidad de esos requisitos, como lo entendió el tribunal al admitirla, providencia que no fue impugnada y no puede ser desconocida al momento de dictarse la sentencia.

Si la demanda no reunía todos los requisitos, el tribunal debió aplicar el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo señalando al demandante las omisiones para que éste dentro del término legal procediera a hacer las correcciones pertinentes, dejando a salvo sus intereses acerca del debido proceso y el derecho de defensa, pero la decisión del tribunal originada en su propia omisión, dejaría sin defensa a la demandante, ya que ésta no podría presentar una nueva demanda porque en este momento se encontraría configurada la caducidad de la acción, a menos que en realidad sea inepta la demanda, y se declare la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda.

No obstante considera que tal solución no es procedente, porque la demanda reúne los requisitos de ley, aunque haya incurrido en la equivocación de indicar como demandada al departamento de Cundinamarca.

Estima que la legalidad de los actos demandados afecta únicamente a la parte demandante, por lo que no es necesario que sean citados para intervenir en el proceso el departamento de Cundinamarca y el Distrito Capital, porque el derecho de participación en la suma recaudada sólo surge si la jurisdicción declara que el aumento de capital suscrito es un acto sujeto a registro y genera el impuesto respectivo, pero en todo caso de ser necesaria tal citación, la omisión de este formalismo no genera la ineptitud de la demanda.

Sobre el fondo de la controversia observa que el Código de Comercio, no señala como acto sujeto a registro el aumento de capital suscrito y de acuerdo con la Ley 223 de 1995, artículos 226 y 229 los actos que están sujetos a registro son los contratos de constitución o reforma de sociedades anónimas, pero no el aumento del capital suscrito. De otra parte el artículo 8º literal b) del Decreto 650 de 1996 es inaplicable, porque los preceptos superiores que pretende reglamentar no establecen como acto sujeto a registro el aumento del capital suscrito y además este precepto fue anulado por el Consejo de Estado.

Consideraciones de la Sala

Debe decidir la Sala en primer término sobre la procedencia o no del fallo inhibitorio de mayo 3 de 1999, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, según el cual se declara probada la excepción de inepta demanda con fundamento en la falta de notificación al Distrito Capital de Santafé de Bogotá, entidad que no fuera designada como demandada en el libelo introductorio y habida consideración que según el artículo 234 de la Ley 223 de 1995 a ella corresponde una participación del 30% del impuesto de registro que se cause en su jurisdicción, lo que implica que tiene un interés económico en el proceso y éste carece de la conformación del litisconsorcio necesario.

Al respecto proceden las siguientes consideraciones:

Según el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, dentro del término de traslado de la demanda podrán interponerse entre otras las siguientes excepciones previas:

“1...

7. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.

8...

9. No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios”.

Consta en el proceso (fl., 94), que en el término de traslado de la demanda, el apoderado judicial de la Cámara de Comercio de Bogotá propuso la excepción de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios, por cuanto si

bien los actos demandados fueron proferidos por la Cámara de Comercio de Bogotá y la Superintendencia de Industria y Comercio, el impuesto de registro según el artículo 234 de la Ley 223 de 1995 se destina en un 70% al departamento de Cundinamarca y en 30% al Distrito Capital de Santafé de Bogotá.

Según las consideraciones expuestas por el a quo, la falta de notificación de la demanda al Distrito Capital constituye un impedimento procesal para la decisión de la litis, pues dado el interés económico de dicha entidad en el proceso estaría violando su derecho de defensa y además carecería el proceso de la conformación del litisconsorcio necesario, por lo cual declara probada la “excepción de inepta demanda”.

Como se advierte, confunde el tribunal los requisitos y formalidades que según los artículos 137, 138 y 139 del Código Contencioso Administrativo debe contener la demanda, con la necesidad de citar al proceso a todas las personas que tengan un interés legítimo en los resultados del mismo, e incurre en incongruencia la sentencia, al declarar probada una excepción que además de ser distinta a la propuesta, carece de fundamentos propios, ya que los expuestos no corresponden a las circunstancias que según la ley pueden hacer próspera, la excepción de inepta demanda en que se sustenta la decisión inhibitoria.

Con fundamento en lo expuesto procede la revocatoria de la sentencia impugnada para en su lugar declarar probada la excepción que realmente corresponda a la situación propuesta por la parte opositora y referenciada por el a quo, luego tomando en cuenta las razones de inconformidad expuestas por el recurrente en cuanto que no se configura en el sub examine la excepción de “no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios”, procede definir previamente sobre el asunto propuesto.

Sobre la participación del Distrito Capital en las rentas departamentales establece el artículo 324 de la Constitución Política:

“ART. 324....

“Sobre las rentas departamentales que se causen en Santafé de Bogotá, la ley determinará la participación que le corresponda a la capital de la República. Tal

participación no podrá ser superior a la establecida en la fecha de vigencia de esta Constitución”.

En desarrollo del citado precepto constitucional dispuso la Ley 223 de 1995 en su artículo 234:

“ART. 234.—Participación del Distrito Capital. De conformidad con el artículo 324 de la Constitución Política y con el artículo 1° del Decreto 2904 de 1966, el Distrito Capital de Santafé de Bogotá tendrá una participación del treinta por ciento (30%) del impuesto que se cause en su jurisdicción. El setenta por ciento (70%) restante corresponderá al departamento de Cundinamarca”.

El incremento de los ingresos del Distrito Capital, producto de su participación en todas las rentas departamentales que se causen en su jurisdicción, cualquiera sea el origen de las mismas, no implica per se el otorgamiento de una potestad tributaria, pues para que un impuesto compartido, con alícuotas para cada uno de los partícipes, conlleve el establecimiento de competencias concurrentes, se requiere que la ley expresamente así lo determine.

En efecto si se parte del principio de legalidad de los tributos que consagra el artículo 338 de la Constitución Política, según el cual corresponde a la ley definir los elementos del tributo, entre ellos el sujeto activo del mismo no puede pensarse que en virtud de la participación que por mandato constitucional se consagró en favor del Distrito Capital de Santafé de Bogotá en todas las rentas departamentales, se esté otorgando a dicha entidad territorial la titularidad de todos los gravámenes del orden departamental que se causen en su jurisdicción, es decir una especie de soberanía fiscal que le autoriza a tomar determinaciones fiscales sin sometimiento al marco normativo de ley previa.

Para el caso del impuesto de registro dispuso el artículo 235 de la Ley 223 de 1995:

“ART. 235.—Administración y control. La administración del impuesto, incluyendo los procesos de fiscalización, liquidación oficial, imposición de sanciones y discusión corresponde a los organismos departamentales competentes para la administración fiscal. Los departamentos aplicarán en la determinación oficial, discusión y cobro del impuesto los procedimientos establecidos en el estatuto

tributario para los impuestos del orden nacional. El régimen sancionatorio y el procedimiento para la aplicación del mismo previsto en el estatuto tributario la aplicará en lo pertinente al impuesto de registro.(Resalta la Sala).

Es claro entonces que al margen de la participación que por mandato constitucional debía reconocer la ley al Distrito Capital en el impuesto de registro causado en su jurisdicción, fue voluntad del legislador asignar la titularidad de este impuesto de manera exclusiva a los departamentos, de manera que no existe para este impuesto una autonomía fiscal compartida, sino una simple forma de participación en los ingresos fiscales departamentales, equivalente a la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal y a la participación de los municipios y departamentos en las regalías provenientes de la explotación de recursos naturales no renovables, instituciones constitucionales que permiten la transferencia de recursos nacionales hacia las entidades territoriales, y que responden al término genérico de “participación” y no de titularidad de los tributos o competencias concurrentes entre la Nación y las entidades territoriales beneficiarias de los mismos.

Para ilustrar el tema es pertinente la remisión a los artículos 212 y 221 de la misma ley donde además de la participación que se reconoce al Distrito Capital en los impuestos al consumo de cigarrillos y tabaco y de licores, vinos y aperitivos, gravámenes del orden departamental, se consagra por parte del legislador una titularidad o competencia compartida de dichos gravámenes entre el Departamento de Cundinamarca y el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, situación que como se vio, no está prevista en la ley para el impuesto de registro.

“ART. 212.—Participación del Distrito Capital. De conformidad con el artículo 324 de la Constitución Política y con el artículo 3º del Decreto 3258 de 1968, el Distrito Capital de Santafé de Bogotá tendrá una participación del veinte por ciento (20%) del recaudo del impuesto correspondiente al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado de producción nacional que se genere en el departamento de Cundinamarca, incluyendo el Distrito Capital.

“El Distrito Capital de Santafé de Bogotá es titular del impuesto que se genere, por concepto del consumo de cigarrillos y tabaco elaborado, de procedencia

extranjera, en el ámbito de su jurisdicción, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 19 de 1970”.

“ART. 221.—Administración y control. “La fiscalización, liquidación oficial, discusión, cobro, y recaudo de los impuestos al consumo de que trata este capítulo es de competencia de los departamentos y del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, en lo que a éste corresponda, competencia que se ejercerá a través de los órganos encargados de la administración fiscal. Los departamentos y el Distrito Capital aplicarán en la determinación oficial, discusión y cobro de los impuestos los procedimientos establecidos en el estatuto tributario para los impuestos del orden nacional. El régimen sancionatorio y el procedimiento para la aplicación del mismo previstos en el estatuto tributario se aplicará en lo pertinente a los impuestos al consumo de que trata este capítulo”. (Resalta la Sala).

Ahora bien no puede aceptarse, como dice el apoderado de la cámara de comercio en sus alegatos, que el procedimiento administrativo de liquidación, recaudo, declaración y mecanismos mediante los cuales se hace efectivo el pago de la participación que en el impuesto de registro corresponde al Distrito Capital, “no dejan duda sobre el interés económico” de aquel en el impuesto reclamado por la actora, porque dada la naturaleza y estructura del impuesto, definidas en la ley y no en el reglamento a través del cual se adoptan los mecanismos de liquidación, recaudo y consignación, lo que determina su calidad de litisconsorte necesario en el proceso es su capacidad legal de adoptar decisiones fiscales sobre el impuesto, o lo que es lo mismo, la titularidad compartida del gravamen y no la satisfacción o no del beneficio de participación que en el impuesto de registro le corresponde, porque ese no es, el asunto objeto del litigio.

En síntesis, si el Distrito Capital de Santafé de Bogotá por disposición legal, no comparte con el departamento de Cundinamarca la titularidad del impuesto de registro que se cause en su jurisdicción, no puede atribuírsele a aquél el carácter de litisconsorcio necesario en el proceso, de manera que el hecho de no habersele citado como parte demandada en el libelo introductorio, no conduce a configurar la excepción de “no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios” y

como consecuencia de ello tampoco existe impedimento procesal para la decisión de mérito que según el a quo justifica el fallo inhibitorio objeto de la impugnación.

Por lo expuesto, habrá de darse prosperidad al recurso de apelación interpuesto, revocando la sentencia apelada para en su lugar decidir conforme a lo que resulte del análisis al fondo de la controversia.

Previo el análisis de fondo observa la Sala que la excepción de falta de legitimación por pasiva, propuesta por la apoderada judicial del departamento de Cundinamarca con ocasión de la contestación de la demanda, fue negada en la sentencia objeto del recurso, y que tal decisión no fue apelada por la entidad demandada, por lo que la reiteración de tal pretensión en los alegatos de conclusión presentados en esta instancia, resulta inoportuna y sobre ella no habrá de pronunciarse la Sala, no sin antes advertir que ella carece de fundamento, si se parte del incuestionable carácter departamental del impuesto de registro.

De acuerdo con los términos de la demanda, se pretende la nulidad del Oficio 023733 de noviembre 7 de 1996, de las resoluciones 014 de febrero 3 de 1997 de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá y 0912 de junio 12 de 1997 de la Superintendencia de Industria y Comercio, en virtud de las cuales se negó la solicitud de devolución de la suma de \$ 305.092.310 formulada por Cervecería Leona S.A., por concepto de pago del impuesto de registro y sanción por extemporaneidad en relación con la inscripción del certificado del revisor fiscal en el cual constaba el aumento del capital suscrito y pagado por la sociedad, fruto de la suscripción de 42.000.000 acciones por valor nominal de \$ 1000.

A título de restablecimiento del derecho se solicita la devolución de la suma referenciada, actualizada en los términos de los artículos 1(sic) y 179 del Código Contencioso Administrativo, más los intereses a que haya lugar.

Como petición subsidiaria se solicita declarar la nulidad de las precitadas resoluciones y en su lugar practicar una nueva liquidación del impuesto por \$ 18.950, equivalente a cuatro salarios legales mínimos diarios según el valor previsto para el año de 1996 y para restablecer el derecho se ordene la devolución

de la suma de \$ 3505.073.360, debidamente actualizada, más los intereses a que haya lugar.

Como normas violadas por los actos acusados se señalan los artículos 226, 227 de la Ley 223 de 1995; artículos 338, 113, 6º y 3º de la Constitución Política.

Los cargos de la infracción se concretan a los siguientes términos:

Del artículo 394 del Código de Comercio, se deduce que el contrato de suscripción de acciones no está sometido a formalidad de la inscripción en el registro mercantil, luego si bien el artículo 1º del Decreto 1154 de 1984 dispone que las sociedades por acciones deberán inscribir en el registro mercantil los aumentos del capital suscrito dentro del mes siguiente al vencimiento de la oferta para suscribir, tal precepto corresponde a la regla del artículo 376 del Código de Comercio según el cual al darse a conocer el capital autorizado se deberá indicar a la vez la cifra del capital suscrito y la del pagado, pero no por ello puede considerarse establecida ritualidad alguna para la suscripción de acciones.

Sólo por excepción, cuando la conformación o el aumento del capital suscrito tengan su expresión en contratos de constitución o reforma de la sociedad, hay lugar al impuesto sobre el importe correspondiente al capital suscrito o a su aumento según lo dispone el artículo 229 de la Ley 223 de 1995.

Como en el caso de la actora la inscripción no corresponde a un contrato de constitución o reforma de sociedad anónima, no se causó el impuesto de registro ni tuvo ocurrencia el hecho generador del mismo.

No tiene la sociedad actora el carácter de sujeto pasivo del impuesto, porque según el artículo 227 de la misma ley, son sujetos pasivos del impuesto los particulares contratantes y los beneficiarios del acto o providencia sometida a registro.

Desconocen los actos administrativos los preceptos constitucionales enunciados porque tienen como sustento un hecho generador que no existe, porque amplían los hechos generadores del impuesto previstos en la ley, desatienden el principio de legalidad de la función pública y exceden el ejercicio del poder.

El certificado de revisor fiscal no tiene carácter de acto, ni documento, ni negocio jurídico del que pueda predicarse la causación del impuesto, sino que cumple con

una función informativa sobre el importe actualizado del capital suscrito, luego de considerarse que aquél es un acto sometido a registro, el impuesto que debe liquidarse es el previsto para los actos sin cuantía y no en función del importe del aumento del capital, suscrito, y al no hacerlo así se incurre en violación del artículo 230 literal c) de la Ley 223 de 1995 Decreto Reglamentario 650 de 1996 y 3º de la Ordenanza de la Asamblea de Cundinamarca 02 de febrero 26 de 1996, según la cual los actos sin cuantía están sometidos a una tarifa equivalente a cuatro salarios mínimos legales diarios.

Sobre los cargos formulados proceden las siguientes consideraciones:

Dispone el artículo 226 de la Ley 223 de 1995:

“ART. 226.—Hecho generador.

“Está constituido por la inscripción de actos, contratos o negocios jurídicos documentales en los cuales sean parte o beneficiarios los particulares y que, de conformidad con las disposiciones legales, deban registrarse en las oficinas de registro de instrumentos públicos o en las cámaras de comercio.

“Cuando un acto, contrato o negocio jurídico deba registrarse tanto en la oficina de registro de instrumentos públicos como en la cámara de comercio, el impuesto se generará solamente en la instancia de inscripción en la oficina de registro de instrumentos públicos.

“No generan el impuesto aquellos actos o providencias que no incorporan un derecho apreciable pecuniariamente en favor de una o varias personas, cuando por mandato legal deban ser remitidos para su registro por el funcionario competente.

PAR.—Cuando el documento esté sujeto al impuesto de registro de que trata la presente ley, no se causará impuesto de timbre nacional”. (Resalta la Sala).

Según los términos de la norma, el hecho generador del impuesto que surge por la inscripción de actos, contratos o negocios jurídicos documentales, que de conformidad con las “disposiciones legales” estén sometidos a la formalidad del registro ya sea ante las oficinas de registro de instrumento públicos o ante las

cámaras de comercio. De manera que obliga la remisión a las normas legales previstas en el Código de Comercio para establecer cuando respecto de un acto, contrato, o negocio jurídico documental puede ocurrir el hecho generador del impuesto.

obra en el proceso (fl. 27) la certificación suscrita por la revisora fiscal de Cervecería Leona S.A., cuyo contenido es el siguiente:

En mi calidad de revisora fiscal principal de Cervecería Leona S.A. debidamente autorizado (sic) por el inciso 2º del Decreto 1154 de 1984 y para efectos del artículo 376 en el Código de Comercio me permito certificar que el plazo para el pago del aumento del capital autorizado de la compañía por valor de \$ 42.000.000.000 se venció el día 16 de julio de 1996. Por tanto el capital suscrito y pagado de la sociedad asciende a la suma de \$ 100.000.000.000. Santafé de Bogotá, D.C., septiembre 12 de 1 996”.

En la Resolución 014 de febrero 3 de 1997 de la Cámara de Comercio (fl. 40 considerandos 2º y 3º) por la cual se negó la solicitud de devolución del impuesto de registro a la actora, se dejó constancia de los siguientes hechos:

“2. Que por certificación del revisor fiscal de 12 de septiembre de 1996, inscrita el 8 de octubre de 1996 bajo el N° 557702 del libro IX se registró el aumento del capital suscrito y pagado de la sociedad a la suma de \$ 100.000.000.000.

“3. Que para la inscripción anterior se liquidó y recaudó un impuesto de registro por valor de \$ 294.000.000 e intereses moratorios por concepto de sanción por extemporaneidad de \$ 11.083.800”.

Como fundamentos legales de la liquidación del impuesto se exponen en la misma resolución los siguientes:

“Es claro frente a la legislación mercantil, que los aumentos de capital suscrito o pagado de sociedades por acciones no constituyen “per se” una reforma estatutaria, circunstancia que en principio genera un vacío de interpretación para el manejo y liquidación del impuesto de registro, cuando estas clases de capital son aumentadas.

“sin embargo, sobre este particular, se observan las siguientes disposiciones en el Decreto 650 de 1996 que reglamenta todo lo relativo al impuesto de registro:

“ART. 6º—Para efectos de la liquidación y pago del impuesto de registro se consideran como actos contratos o negocios jurídicos sin cuantía, entre otros los siguientes: ...literal e): la inscripción de la certificación correspondiente al capital pagado”.

“ART. 8º—Para los actos, contratos o negocios jurídicos que se relacionan a continuación, el impuesto de registro se liquidará así:literal b): la inscripción del documento sobre aumento del capital suscrito ...el impuesto se liquidará sobre el valor del respectivo aumento del capital” (las subrayas son fuera del texto).

“Obsérvese que el literal f) del artículo 6º transcrito, claramente dispone que se encuentra gravado con el impuesto de registro la certificación del revisor fiscal sobre el aumento del capital pagado.

“Por su parte, el literal b) del artículo 8º si bien no menciona la certificación del revisor fiscal para aumentos de capital suscrito, debe entenderse implícita dicha certificación en la norma”.

“En los casos de aumentos de capital suscrito o pagado por efectos de ofertas para colocación o suscripción de acciones, tiene razón el recurrente cuando afirma que la ley no ha previsto la obligatoriedad del registro del negocio jurídico de suscripción de acciones. Sin embargo, sí dispuso la ley, que vencido el término de la oferta para suscribir acciones, el aumento debe inscribirse en el registro mercantil.

“Sobre este particular dispone el Decreto 1154 de 1984: “ART. 1º—Las sociedades por acciones deberán inscribir en el registro mercantil los aumentos del capital suscrito, dentro del mes siguiente al vencimiento de la oferta para suscribir. Así mismo, deberán registrarse el monto del capital pagado, dentro del mes siguiente al vencimiento para el pago de las acciones suscritas o al término de la oferta de suscripción, según se trate”.

Esta Sección al decidir sobre la acción de nulidad contra el literal b) del artículo 8º del Decreto 650 de 1996, mediante sentencia de septiembre 4 de 1998, Expediente 8705, consejero ponente doctor Daniel Manrique Guzmán, encontró ilegal de la exigencia del registro tratándose de aumentos del capital suscrito que

pretendía establecer el reglamento, con fundamento en las siguientes consideraciones:

“Por lo que importa al proceso, y en lo relacionado con la segunda exigencia establecida en el artículo 226, resulta necesario determinar con certeza cuáles son los actos que la ley ordena registrar. Sea lo primero advertir que la Ley 223 de 1995 no se ocupó de este tema, por lo que resulta obligado acudir a lo establecido al respecto por la ley mercantil. Al efecto debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el artículo 26 del Código de Comercio establece en forma clara que el registro mercantil tiene por objeto llevar matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, y la inscripción todos (sic) los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exija dicha formalidad. Por su parte, el artículo 28 ibídem consagra en general las personas (sic) y los actos sujetos a registro, ocupándose en su numeral 9 de los actos relativos a la constitución, adiciones o reformas estatutarias y liquidación de sociedades comerciales. De la lectura de las citada norma se deduce en forma clara, por lo que importa al caso, que se exige el registro en la Cámara de Comercio de las reformas estatutarias. A contrario sensu, de dichas normas no se deduce que deba registrarse el aumento del capital suscrito, el cual no constituye una reforma estatutaria en las sociedades por acciones (lb., arts. 384, 385 y 394), a diferencia de lo que ocurre con el aumento de capital autorizado o social que de conformidad con lo previsto en los artículos 122 y 158 siguientes ibídem, apareja de suyo una reforma estatutaria que deba ser adoptada y formalizada de acuerdo con la ley. Como es sabido, los aumentos de capital suscrito se efectúan a través del denominado reglamento de suscripción de acciones que como tal no requiere las formalidades propias de las reformas estatutarias.

“De acuerdo con lo anterior, es claro que las citadas “disposiciones legales” que rigen la materia relativa a las personas y actos sujetos a la inscripción en el registro mercantil que llevan las cámaras de comercio, no incluyen los documentos de aumento de capital suscrito, y en consecuencia así como lo señaló el actor, la norma acusada al establecer que el documento de aumento de capital suscrito está sometido al impuesto de registro sobre una base gravable constituida por el

valor del aumento, fue más allá de lo establecido en el artículo 226 de la Ley 223 de 1995, y al hacerlo lo violó ostensiblemente. Como ya se dijo, dicha disposición legal consagró como hecho generador del impuesto de registro la inscripción de actos, contratos o negocios jurídicos documentales en los cuales sean parte o beneficiarios los particulares “y que de conformidad con las disposiciones legales deben registrarse”, en las oficinas de registro de instrumentos públicos o en las cámaras de comercio.

“No resulta aceptable lo afirmado por la entidad demandada para fundar la legalidad de la norma acusada, referente a que la expresión “disposiciones legales” comprende la ley y los decretos reglamentarios; y por lo tanto, los aumentos de capital suscrito están sujetos a registro según el artículo 1º del Decreto Reglamentario 1154 de 1984, hecho que a su juicio determina la procedencia del impuesto de registro discutido.

“En efecto, se observa que el artículo 226 inciso 1º de la Ley 223 de 1995, como ya se precisó, se refiere a los actos que de conformidad con las “disposiciones legales” deban registrarse, y que dichas disposiciones legales contenidas en los artículos 26 y 28-10 del Código de Comercio, establecen que solamente mediante “ley” (la expedida por el Congreso en desarrollo de lo previsto en el artículo 150 de la Carta), es posible ordenar la inscripción en el registro de determinadas personas y actos. Por consiguiente, pretender derivar de un decreto reglamentario, como lo es el 1154 de 1984, el fundamento “legal” del registro como lo pretende la norma acusada, desborda en forma ostensible el marco de la potestad reglamentaria consagrada en el artículo 189-11 de la Carta.

“No sobra hacer notar que el artículo 376 del Código de Comercio, al que hace referencia el Decreto Reglamentario 1154, en parte alguna de su texto consagra obligación de registrar acto, contrato ni negocio jurídico alguno y por lo mismo no es de aquellos textos legales o los que se refiere el artículo 226 de la Ley 223 de 1995 en relación con el hecho generador del impuesto de registro, ni a los contenidos en los artículos 26 y 28-10 del Código de Comercio, así como lo precisó el Ministerio Público”.

Para la Sala las razones expuestas en la citada sentencia resultan igualmente válida tratándose de desvirtuar la legalidad de los actos administrativos aquí demandados, pues en efecto las normas que según los actos acusados sirven de sustento a la liquidación y pago del impuesto de registro cuya devolución es reclamada por la actora, no tienen el carácter de norma legal que exige el artículo 226 de la Ley 223 de 1995, para que se entienda configurado el hecho generador del impuesto respecto del aumento del capital suscrito y pagado a que se refiere la certificación de revisor fiscal, con base en la cual se liquidó y recaudó el impuesto de registro objeto de la controversia. De otra parte debe considerarse que por efectos de la declaratoria de nulidad de la disposición contenida en el literal b) el artículo 8° del Decreto 650 de 1996, los actos acusados carecen de sustento jurídico, generándose la nulidad de los mismos, tal como lo ha reiterado la corporación en providencias anteriores, entre otras en la sentencia de enero 14 de 1991, expediente 157 magistrado ponente, doctor Carlos Gustavo Arrieta; de marzo 6 de 1998 expediente 8679, magistrado ponente, doctor Delio Gómez Leyva y de junio 19 de 1998 expediente 8812 magistrado ponente, doctor Daniel Manrique Guzmán.

Ahora bien, en cuanto a la exigencia de informar a la cámara de comercio mediante certificación suscrita por revisor fiscal en aumento del capital suscrito de las sociedades por acciones se dijo la misma sentencia:

“Si bien es cierto que el artículo 1° del Decreto 1154 prevé que cuando haya aumento de capital suscrito de las sociedades por acciones debe enviarse a la correspondiente cámara de comercio una certificación escrita por revisor fiscal, la cual tiene una finalidad eminentemente informativa de la actual composición del capital suscrito y pagado, ello no implica en manera alguna la creación de un documento sujeto a inscripción en el registro a los que se refiere el artículo 226 de la Ley 223, puesto que como antes se dijo, el artículo 376 del Código de Comercio no establece obligación alguna de registrar; y no es función de revisor fiscal de una sociedad crear los actos, contratos o hechos generadores del impuesto de registro, toda vez que dicho funcionario carece por entero de facultades administrativas o de representación de la sociedad. Por lo mismo la certificación a

que alude el decreto reglamentario no puede contener “acto, contrato o negocio jurídico” alguno, ni menos dicho revisor fiscal puede ser “parte o beneficiario” del mismo. Inscripción que, se insiste, sólo se exige para efecto de publicidad mercantil, en tanto que la ley tributaria señala el hecho generador del impuesto de registro, el cual no se da frente a la referida certificación del revisor. Este documento ni siquiera está comprendido dentro de los aludidos el el inciso 3 del artículo 226 de la Ley 223 de 1995”.

Los argumentos expuestos, que reitera en esta oportunidad la Sala, permiten concluir que al margen de la obligación prevista en el artículo 376 del Código de Comercio y su Decreto Reglamentario 1154 de 1984, respecto de la certificación de revisor fiscal remitida por la sociedad actora para su registro ante la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá a que se ha venido haciendo referencia, no se genera el impuesto de registro que fuera liquidado y pagado tomando como base el aumento del capital suscrito de la sociedad, producto de la colocación de acciones.

En efecto, según el inciso 3º del artículo 226 de la Ley 223 de 1995:

“No generan el impuesto aquellos actos o providencias que no incorporan un derecho apreciable pecuniariamente en favor de una o varias personas, cuando por mandato legal deban ser remitidos para su registro por el funcionario competente”.

La certificación del revisor fiscal mediante la cual debe darse a conocer el capital suscrito, producto de la colocación de acciones, no incorpora en sí misma un derecho apreciable en dinero en favor de una o varias personas, sino que cumple simplemente la función de informar a la cámara de comercio el importe actualizado del capital suscrito, luego aceptando que por mandato legal debe ser remitida para su registro, no por ello se genera respecto de la misma el impuesto, ya que de acuerdo con la citada disposición, tales actos están excluidos del gravamen.

De acuerdo con las anteriores consideraciones habrá de acceder la Sala a las pretensiones principales de la demanda.

Se declarará en consecuencia la nulidad de los actos acusados y se ordenará la devolución de las sumas recaudadas, más los intereses a que haya lugar.

Debe precisarse que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 233 de la Ley 223 de 1995 y el artículo 15 del Decreto Reglamentario 650 de 1996, corresponde a la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá hacer efectiva la devolución del impuesto de registro indebidamente recaudado, teniendo en cuenta para el efecto además de las citadas disposiciones, las previstas en el estatuto tributario nacional, al que remite el artículo 235 de la misma ley para efectos de determinación oficial, discusión, cobro, régimen sancionatorio y procedimiento del impuesto de registro.

Al estar impedido uno de los magistrados, y no haberse logrado la mayoría decisoria se decide con el resto de los integrantes de la Sala y un conjuez, en aplicación de lo previsto en el artículo 54 de la Ley 270 de 1996.

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

FALLA:

REVÓCASE la sentencia apelada. En su lugar se dispone:

1. DECLARAR no probada la excepción de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios.
2. ANULAR el Oficio 023733 de noviembre 7 de 1996 y la Resolución 014 de febrero 3 de 1997, actos expedidos por la Cámara de Comercio de Santafé De Bogotá, así como la Resolución 912 de junio 12 de 1997 de la Superintendencia de Industria y Comercio, actos administrativos en virtud de los cuales se negó a la sociedad Cervecería Leona S.A., la devolución de la suma de trescientos cinco millones noventa y dos mil trescientos diez pesos m/cte. (\$ 305.092.310), pagada por concepto de impuesto de registro de intereses moratorios, según recibos de pago R-0000017493 de septiembre 13 de 1996 y R-000078762 de octubre 2 de 1996.
3. A título de restablecimiento se ordena a la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, devolver a Cervecería Leona la suma de trescientos cinco millones noventa y dos mil trescientos diez pesos m/cte. (\$ 305.092.310), más los intereses

a que hubiere lugar, previa observancia de los procedimientos previstos en la ley y el reglamento para el efecto.

Procédase a la devolución de las sumas consignadas para gastos del proceso, si a ello hubiere lugar.

Cópiese, Notifíquese, Comuníquese y Devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase. Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

SALVAMENTO DE VOTO DR. JULIO E. CORREA RESTREPO

El suscrito magistrado se aparta muy respetuosamente de la decisión mayoritaria de la Sala, por las siguientes razones:

Del expediente surge que la actora efectuó en 1996 un aumento de capital suscrito, y mediante recibo de pago R-000017493 de septiembre 13 de 1996, pagó el impuesto de registro.

El impuesto de registro es un tributo departamental, naturaleza precisada por la Corte Constitucional mediante sentencia C-219 del 24 de abril de 1997. La Ley 223 de 1995, artículos 226 a 236, reguló la materia referente a este tributo. El artículo 228 define la causación del impuesto como el momento de la solicitud de inscripción en el registro de conformidad con lo establecido en el artículo 232 de la misma Ley 223 de 1995, y estipula que el funcionario competente no podrá realizar el registro si la solicitud no se ha acompañado de la constancia o recibo de pago. El artículo 229 ibídem, al determinar la base gravable, dispone que esté constituida por el valor incorporado en el documento que contiene el acto, contrato o negocio jurídico. Aspectos contemplados también por el Decreto Reglamentario 650 de 1996.

En conclusión, opino que este tributo es de ejecución instantánea, que se causa en un momento y consta en el documento respectivo. Por ello, cuando la sociedad actora aprobó el aumento de capital y efectuó el pago del tributo lo hizo ajustada a la normatividad vigente en ese momento, fue así que la situación quedó completa y consolidada.

El hecho que el Consejo de Estado en septiembre de 1998, hubiese declarado la nulidad del artículo 8º del Decreto 650 de 1996, por cuanto exigía el pago del

impuesto de registro tratándose de aumentos de capital, no puede entenderse que en virtud de ese fallo, pueda tenerse como pago de lo no debido el efectuado por la sociedad dos años atrás.

Generalmente se ha aceptado que las decisiones de nulidad de las normas, tienen un efecto ex tunc, es decir, desde entonces, y es como si no hubiesen existido, pero ello no quiere decir que se pueda aplicar a casos ya decididos y situaciones consolidada, pues sería revivir actuaciones que ya fueron definidas y cumplidas conforme a la presunción de legalidad de los respectivos actos, creadores de situaciones particulares y en contra del principio de cosa juzgada. En consecuencia, estimo que la Sala ha debido negar las pretensiones de la sociedad actora.

Julio E. Correa Restrepo.

Fecha ut supra.

ANEXO 2

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SOCIEDADES CONTRATISTAS DEL ESTADO

NO TIENEN LIMITACIONES EN LA NEGOCIACIÓN DE SUS ACCIONES

El señor Pedro José Bautista Moller, actuando en nombre propio y en ejercicio de la acción pública de nulidad, formuló demanda contra el Instituto Nacional de Vías, con el propósito de que se declare la nulidad del “oficio circular” N° 754 del 6 de abril de 2000, emitida por la entidad referida y dirigida a los “concesionarios”, en cuanto dispuso que la cesión de las “participaciones accionarias” debía “ser consultada y aprobada previamente por esta entidad”.

El peticionario, en el mismo escrito, pide que se decrete la suspensión provisional de las expresiones demandadas, afirmando que el acto acusado es manifiestamente violatorio de los artículos 4º, 6º, 13, 58, 84, 90 y 33 de la Constitución Política, así como de la Ley 80 de 1993 en sus artículos 7º, num. 11 y párrafo tercero, 24, numerales 5 literal d y 8º, 25 num. 15, 26 nums. 2 y 4, y 28.

(...)

El texto del “oficio circular” objeto de la presente demanda, y sobre el cual se depreca la imposición de dicha medida, suscrito por el subdirector de concesiones del Instituto Nacional de Vías y dirigido a los “concesionarios”, es el siguiente (fl. 26):

“A través del presente oficio circular, me permito recordar a ustedes que de conformidad con las estipulaciones contractuales y lo prescrito en el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales son intuitu

personae y, por lo tanto no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante. En consecuencia, en los contratos de concesión suscritos con el Instituto Nacional de vías, cualquier cesión de derechos y obligaciones y de participaciones accionarias debe ser consultada y aprobada previamente por esta entidad.

Lo anterior se fundamenta en el hecho de que el Instituto Nacional de Vías como entidad estatal que es, tiene la prerrogativa de constatar si la persona cesionaria, reúne los requisitos y las calidades técnicas, financieras y operativas que en su momento fueron evaluados y aceptados en relación con el cedente, así como, en el hecho de que el Estado amparado por el Estatuto de Contratación vigente, no puede permitir que durante la ejecución de los contratos varíen o se pierdan las calidades que determinaron la adjudicación de los mismos”.

Los apartes que se resaltan constituyen el objeto de la pretensión de nulidad formulada por el actor, así como de la suspensión provisional solicitada.

De entrada se observa, que el Invías, mediante el acto administrativo acusado, limita el movimiento accionario de los entes societarios contratistas de la administración, sometiendo la cesión de participaciones a su consulta y autorización previas, aduciendo como fundamento de tal limitación, el carácter intuitu personae que caracteriza los contratos estatales, exigencias cuya imposición se justifica, a juicio del Invías, por cuanto de esa forma es posible garantizar que las condiciones que determinaron la adjudicación de los contratos, permanezcan durante su ejecución.

Fundada la mencionada determinación, en el llamado carácter intuitu personae del contrato estatal, conviene establecer el alcance real de dicho término.

La expresión latina intuitu personae, traduce “En consideración a la persona. Personal”(1).

(1) NICOLIELLO, Nelson. Diccionario del Latín Jurídico. 1ª edición. J.M. Bosh Editor. Barcelona. 1999, pág. 147.

El artículo 1630 del C.C., dispone que,

“Puede pagar por el deudor cualquiera persona a nombre de él, aún sin su conocimiento o contra su voluntad, y aún a pesar del acreedor.

Pero si la obligación es de hacer, y si para la obra de que se trata se ha tomado en consideración la aptitud o talento del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona contra la voluntad del acreedor”. (se resalta)

A propósito de lo dispuesto en la norma transcrita, la doctrina se ha pronunciado diciendo que(2):

(2) URIBE HOLGUÍN, Ricardo. De las Obligaciones y del Contrato en General. 2ª edición. Editorial Temis. Bogotá, pág. 145.

“El pago de la obligación de hacer que sea específica en cuanto al sujeto ejecutor, esto es, contraída intuitu personae debitoris, en consideración del talento o aptitud de éste para la realización de la obra, caso en el cual sólo puede pagar válidamente el propio deudor, salvo que el acreedor consienta en que otro la ejecute...”.

El profesor Guillermo Ospina Fernández, por su parte, señala lo siguiente(3):

(3) OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. 5ª edición. Editorial Temis. Bogotá. 1994, pág. 288.

“...por lo común son intrasmisibles las obligaciones de hacer cuando, por su naturaleza o por pacto, sólo deba cumplirlas el deudor mismo, v. gr. cuando se

toman en cuenta sus calidades o talentos particulares, como las obligaciones profesionales del médico, del abogado y las del mandatario o del artífice, etc.”.

Finalmente, otro autor expresa que(4):

(4) ESCOBAR SANÍN, Gabriel. *Negocios Civiles y Comerciales. Tomo II. Teoría General de los Contratos*. 1ª edición. Biblioteca jurídica Dike. Bogotá. 1994, pág. 737.

“Se denominan contratos intuitu personae aquellos que se celebran teniendo en cuenta las calidades o condiciones muy especiales de una de las partes, como el parentesco, el de agradecimiento, el ser un artista, etc. ...”

Lo hasta aquí expuesto ha sido también objeto de estudio en el derecho español de la contratación administrativa; a título de referencia, habida consideración de su pertinencia y utilidad se transcriben a continuación las siguientes apreciaciones doctrinarias sobre el particular(5):

(5) GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *La cesión del contrato administrativo. La subcontratación*. Cuadernos Civitas. Ed. Civitas. 1ª edición. 1997. Madrid.

“Debe comenzarse rechazando cualquier identificación automática entre el contrato administrativo y la derivación del mismo de conductas o actividades de realización o ejecución personalísima para el contratista, y de ahí la necesaria matización de su calificación como celebrado intuitu personae. En este sentido, el contrato celebrado intuitu personae implica que, como para contratar con la persona determinada se tuvo en cuenta su calidad y circunstancias ..., sólo él puede efectivamente cumplir la obligación asumida, sin que quepa que un tercero pueda cumplirla en su lugar, pues el acreedor no vería en tal caso satisfecho su interés en el contrato. Como destaca Hernández Gil, cuando se trata de un hacer

personalísimo o infungible, no es el cumplimiento por el deudor sólo uno de los medios de satisfacción, sino el único posible.

... la realidad práctica y la regulación positiva ponen de manifiesto que precisamente lo normal es que las prestaciones que asume el contratista no necesariamente tienen que ser cumplidas personal o directamente por él, pues carecen de la referida condición de prestaciones de carácter personalísimo (...).

Si se admitiera que el contrato administrativo se celebra por esencia *intuitu personae*, y se identificara tal calificación con la obligación para el contratista de que las prestaciones fueran realizadas únicamente por él (dotándole del citado carácter personal), se llegaría a la conclusión absurda ... de que todos los contratos administrativos se adjudicarían tomando en consideración como razón determinante las cualidades técnicas o personales del contratista (que pretende convertirse en cedente).

Como excepción a esa regla general, es viable que un determinado contrato administrativo se adjudique al contratista no simplemente tomando en consideración sus cualidades técnicas o personales, sino constituyendo tales cualidades razón determinante de dicha adjudicación. En este caso efectivamente podría admitirse que estamos ante prestaciones de carácter personalísimo, respecto de las que ni tan siquiera tendría cabida la subcontratación (...).

... admitido ya que no derivan como regla general del contrato administrativo prestaciones de carácter personalísimo, hay que resaltar que el contrato administrativo, en efecto, puede ser calificado *intuitu personae*, pero sólo si se entiende esta expresión en el sentido de que a la administración contratante no le es indiferente la persona que con ella se vincula (...).

Se pretenden resaltar con ello las circunstancias objetivas que deben estar presentes al decidir sobre la adjudicación de un contrato, no tanto por la persona

concreta de que se trate cuanto por sus cualidades también personales. Podría decirse que la referida calificación como *intuitu personae* conecta también directamente con la ya aducida limitación en la elección del contratista por parte de la administración, resaltándose con ello que la elección de dicho contratista, en definitiva, debe obedecer a criterios estrictamente objetivos”.

Lo anterior permite afirmar que la calificación de *intuitu personae* que se pregona de los contratos estatales, no se refiere a la noción que, en estricto sentido, corresponde a dicho vocablo.

Corroborando el planteamiento que se viene haciendo, el hecho de que, por disposición legal, la administración tenga prohibido seleccionar al contratista atendiendo a consideraciones de naturaleza subjetiva; se le impone, en cambio, el deber de seleccionarlo objetivamente. Preceptúa el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 lo siguiente:

“Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva” (se resalta).

Con fundamento en las precisiones y consideraciones precedentes se concluye que, en definitiva, el contrato estatal se celebra *intuitu personae* en cuanto el contratista es elegido en consideración a que sus condiciones objetivas (hábitos de cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos y precios ofrecidos), son los más favorables a la administración y por lo tanto es su obligación asegurarse de que dichas condiciones se mantengan, para lo cual resulta válido, por ejemplo, condicionar la cesión del contrato a que el cedente, contratista originario, cuente con su previa autorización, por cuanto como bien se sabe, la cesión del contrato implica la sustitución en la persona del contratista, de forma tal que frente al contratista originario se extinguen las obligaciones y derechos

derivados del contrato cedido en virtud del fenómeno de la novación, para ser transferidas al cesionario quien en adelante ostentará la calidad de contratista y frente a quien la administración debe exigir las calidades técnicas, financieras y administrativas necesarias para garantizar el adecuado cumplimiento del objeto contractual.

Sin embargo, en principio, la Sala no encuentra válida la remisión hecha al artículo 41 de la Ley 80 de 1993 para fundamentar el requisito impuesto a los concesionarios del Invías para ceder las participaciones accionarias; del contenido de dicha norma se infiere claramente que la condición de autorización previa se refiere específicamente a la cesión del contrato; en efecto, en el inciso 3º de dicha norma se señala lo siguiente:

“ART. 41.—(...)

Los contratos estatales son intuito (sic) personae y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante”.

El autor español a quien nos hemos venido refiriendo(6), afirma que existen “fenómenos” que producen “un efecto equivalente al de la cesión”, sin que estén “dirigidos concreta y específicamente a ceder un contrato determinado” y por lo tanto a ellos no les son exigibles los requisitos propios de la cesión del contrato. Explica que la situación se presenta cuando “el contratista desaparece y es sustituido por otra entidad distinta”.

(6) Ibíd págs. 45 a 47.

“Por ejemplo, en los casos de fusión de sociedades, tanto de fusión por absorción ... como de fusión en sentido estricto, la sociedad contratista se extingue al ser absorbida por otra sociedad ... o bien al fusionarse con otra sociedad perdiendo ambas su personalidad jurídica y surgiendo otra en su lugar (...).

... en ambos casos, la sociedad absorbente o la resultante de la fusión sustituye a la sociedad extinguida en todas las relaciones jurídicas que tuviera entabladas, incluidos, por lo que ahora interesa, los contratos administrativos en los que pudiera aparecer como contratista. No es estrictamente un caso de cesión porque lo que se produce es una sucesión universal, que no tiene como finalidad específica la simple cesión de un contrato administrativo determinado”.

Refiere el autor, que de dicha diferenciación da cuenta el apartado 5 del artículo 113 de la LCA española, en el cual se señala, “que en los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato con la entidad absorbente o resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo”.

Ahora bien, encuentra la Sala, que el Código de Comercio, al regular lo concerniente a la disposición de las acciones, consagra, como principio, su libre negociación⁽⁷⁾ (art. 403); en concepto emitido por la Superintendencia de Sociedades⁽⁸⁾, se señala:

(7) Así lo reconoce la Corte Constitucional en sentencia C-532 del 10 de mayo de 2000.

(8) Boletín Jurídico N° 7 de mayo de 1994.

“Cada acción confiere a su propietario el derecho de negociar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia a favor de la sociedad, o de los accionistas, o de ambas. En el mismo sentido, el artículo 403 ibídem prevé la libre negociabilidad de las acciones, frente a lo cual consagra unas claras y precisas excepciones, que por su carácter de tales sólo operan en los supuestos a los cuales se contraen.

Así las cosas, tenemos que por disposición expresa del legislador, salvo la circunstancia antes anotada, las acciones son libremente negociables, lo cual implica que no es posible condicionar, ni siquiera en el tiempo, el ejercicio de tal derecho (...).”

Por consiguiente, es posible sostener que lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 41 del estatuto contractual, no puede aplicarse de forma tal que condicione también la constitución misma del contratista como persona jurídica.

En primer lugar, se debe tener en cuenta que, en virtud de la ficción legal en la cual se sustenta el reconocimiento de las personas jurídicas como sujetos de derecho, la individualidad de cada uno de los sujetos, personas naturales, que las conforman se funde en dicho ente moral creando así un sujeto distinto, autónomo, independiente; luego, cuando en un proceso licitatorio participan como oferentes personas jurídicas, es claro que la administración, al aplicar los procedimientos de selección objetiva, pondera la capacidad técnica, administrativa y financiera de la persona jurídica como tal, no así de cada uno de sus socios, porque, se reitera, la sociedad se constituye como una persona distinta de los socios que la integran.

Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en reciente pronunciamiento sostuvo lo siguiente(9):

(9) Providencia del 17 de mayo de 2001, expediente 1346.

“... los contratos estatales son intuitu personae ..., lo cual, en armonía con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 887 del Código de Comercio, significa que para la cesión del contrato, la entidad debe evaluar las capacidades de la sociedad que se le propone como cesionaria y decidir libremente si la acepta o no, de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad que le reconocen el inciso primero del artículo 32 y el inciso segundo del artículo 40 de la ley y teniendo en cuenta la protección de los derechos de la entidad, que le asigna,

aunque no de manera exclusiva, el numeral 1° del artículo 26 de la misma y los fines de la contratación estatal mencionados en el artículo 3° de ésta”.

De otra parte, siendo el aporte social uno de los elementos esenciales del contrato de sociedad (art. 89 C. Co), y dependiendo de éste no solo el grado de participación dentro de la sociedad, sino, en determinados casos, su vinculación o pertenencia a la misma(10), limitar, más allá de lo dispuesto por la ley, el ejercicio de las facultades que se derivan de dicho aporte, como lo es la de disponer del mismo(11), comporta sin lugar a dudas un desconocimiento de la libertad contractual(12) y de empresa garantizadas en los artículos 84 y 333 de la Constitución Política.

(10) “La libre negociabilidad es uno de los rasgos característicos de la acción (...). Además, esa libre negociabilidad es un modo expedito para que sucesivamente se vinculen o separen de la sociedad los accionistas, sin mengua de la subsistencia del ente social ni de la integridad de su capital”. NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Derecho Mercantil Colombiano. Tipos de sociedad. Legis Editores. Bogotá. 1998, pág. 383.

(11) “Es innegable a nivel mundial el derecho que posee el socio sobre las acciones acerca de su negociación. Este derecho, como cualquier otro no es absoluto, es decir, debe someterse a las normas contempladas por el Derecho Comercial para tal efecto. En razón de este derecho los accionistas pueden vender sus títulos en cualquier tiempo y a cualquier persona ...”, GONZÁLEZ CAMACHO, Pedro Camilo. La Acción en la Sociedad Anónima. Pontificia Universidad Javeriana. 1984, págs. 161, 162.

(12) “Dentro de un sistema jurídico que, como el nuestro, reconoce aunque no con carácter absoluto, la autonomía de la voluntad privada, es lo normal que los particulares sometan los efectos de sus actos jurídicos a las cláusula emanadas

del mutuo acuerdo entre ellos, siempre que no contraríen disposiciones imperativas de la ley”. Corte Constitucional, sentencia C-367 de 1995.

Preceptúa el artículo 84 constitucional que “cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio”.

En el inciso primero del artículo 333 se señala: “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley”.

Así las cosas, estando regulada de manera general en el código de comercio lo atinente a la disposición de acciones, las excepciones o limitaciones que eventualmente se produzcan a su libertad de negociación, establecida por regla general, pueden ser impuestas por la ley, más no en virtud de un acto administrativo.

Las consideraciones expuestas resultan suficientes para acoger los argumentos que sirven de sustento al actor para deprecar la suspensión provisional de las expresiones “en los contratos de concesión suscritos con el Instituto Nacional de vías, cualquier cesión ... de participaciones accionarias debe ser consultada y aprobada previamente por esta entidad”, contenidas en el “oficio circular” N° 0754 del 6 de abril de 2000 expedido por el Instituto Nacional de Vías, puesto que dicha limitación resulta manifiesta y abiertamente contraria al ordenamiento jurídico superior.

Así las cosas, se decretará la suspensión provisional solicitada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE:

1. ADMÍTESE la demanda formulada por el señor Pedro José Bautista Moller, contra el Instituto Nacional de Vías.

2. DECRÉTASE la suspensión provisional de las expresiones “en los contratos de concesión suscritos con el Instituto Nacional de Vías, cualquier cesión ... de participaciones accionarias debe ser consultada y aprobada previamente por esta entidad”, contenidas en el “oficio circular” N° 754 del 6 de abril de 2000, expedida por el Instituto Nacional de Vías.

3. Notifíquese personalmente al Director de la entidad demandada, y al señor Agente del Ministerio Público, a quienes se les hará entrega de la copia de la demanda, de sus anexos y de este auto.

4. Fíjese el negocio en lista por el término de diez (10) días.

5. Solicítense al director del Instituto Nacional de Vías, los antecedentes administrativos que motivaron la expedición del acto impugnado.

6. Señálase la suma de treinta mil pesos (\$ 30.000) para sufragar los gastos ordinarios del proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase».

(Auto de febrero 7 de 2002. Expediente 21.845. Consejero Ponente: Dr. Alier Hernández Enríquez).