

EXCLUSIÓN DEL SOCIO GESTOR EN LA SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE

ANTONIO JOSE CAMPO CRUZ

LINA FERNANDA OROZCO JIMÉNEZ

DIRECTOR DE TRABAJO DE GRADO:

LUIS MIGUEL MONTALVO PONTÓN

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA CALI

FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS

CARRERA DE DERECHO

2020

Resumen

El presente documento analiza la exclusión del socio gestor en la sociedad en comandita simple en Colombia, debido a que se reconoce la importancia del socio gestor o colectivo en la sociedad, pues es este quien la administra y asume una responsabilidad solidaria e ilimitada además, de contar con unas características especiales otorgadas por ley que lo diferencia de los demás tipos de socios. Aquí se encuentra parte de la historia sobre el origen de las sociedades en comandita, características de su nacimiento como tipo social, la relación del socio gestor con el régimen de responsabilidad de los administradores reglado en la Ley 222 de 1995 y finalmente la exclusión del socio gestor.

Palabras claves: Socio gestor, sociedad en comandita simple, exclusión del socio gestor, régimen de responsabilidad del socio gestor.

Abstract

The present document analyses the exclusion of the managing partner on the “Comandita simple” society in Colombia, given that it's recognized the managing or collective partner's importance on society, since this is the one who manages it and assume solidary and unlimited liability, further accounts for some special characteristics given by law that differentiate him from other partner types. Here is found part of the In comandita societies origin history, well known by birth as a social type, the relationship between the managing partner and liability administrators regime regulated in law 222 of 1995 and finally the managing partner exclusion.

Keywords: Partner managing, “comandita simple” Society, managing partner exclusion, managing partner's liability regime.

Índice

Introducción.....	1
1. Historia de la sociedad en comandita: características de su nacimiento como tipo social.....	3
2. La sociedad en comandita simple como modelo dual de responsabilidad.....	9
3. Régimen de responsabilidad de los administradores versus régimen de responsabilidad del socio gestor o colectivo.....	11
3.1 Responsabilidad del socio gestor.....	14
4. Exclusión del socio gestor y continuidad de la sociedad.....	22
5. Conclusiones.....	36
6. Referencias.....	38

Introducción

El Código de Comercio colombiano tiene una variedad de tipos societarios, cada tipo societario presenta características únicas y particulares, en este caso las sociedades en comandita simple tienen su normatividad especial dentro del código, sin embargo, requiere de un análisis e interpretación cuidadosa para determinar ciertos aspectos que no son dichos específicamente en la ley.

Como principal característica de las sociedades en comandita, se evidencia la necesidad de las dos calidades de socios, es decir deben concurrir socios gestores y comanditarios, los socios gestores tienen a su cargo la administración de la sociedad y responden solidaria e ilimitadamente, mientras, los socios comanditarios no ejercen funciones de administración y solo responden hasta el monto de sus aportes; entonces, en el momento en que un socio gestor no esté realizando su función de administrador adecuadamente o no esté cumpliendo sus obligaciones como socio dado su poder de decisión y su importancia en la sociedad se cuestiona cuáles son las alternativas de los demás socios, si es posible la exclusión de la sociedad y que consecuencias se generan a partir de la acción tomada.

A partir de esto, el presente trabajo de grado tiene como objetivo analizar la exclusión del socio gestor en la sociedad en comandita simple, estudiando la historia sobre el origen mismo de las sociedades en comandita, características de su nacimiento como tipo social y reflexionar sobre la responsabilidad del socio gestor versus el régimen de responsabilidad de los administradores reglado en la Ley 222 de 1995 para finalmente, debatir sobre la exclusión del socio gestor y la continuidad de la sociedad.

En el primer capítulo muestra el origen de la sociedad en comandita, destacando sus características principales desde el contrato de *commenda* hasta la regulación en el Código de Comercio colombiano, en el segundo capítulo se analizan los dos tipos de socios presentes en la sociedad y la diferencia en la responsabilidad que asume cada tipo de socio, mientras, el capítulo tercero se enfoca en la responsabilidad que tiene el socio gestor y como aplica el régimen de responsabilidad de los administradores a este, debido a su calidad de administrador de la sociedad en comandita simple. Por último, el capítulo cuatro muestra cómo se da la exclusión del socio gestor en la

sociedad, las alternativas que tienen los socios cuando consideran que el socio gestor no está desempeñando bien su función y las tesis que se presentan respecto de este tema.

Finalmente, con esto se pretende mostrar las posibilidades de los socios para excluir al socio gestor en la sociedad en comandita simple y mostrar otras alternativas posibles que tienen los socios cuando ya no se quiere que el socio gestor haga parte de la sociedad.

Historia de la sociedad en comandita: características de su nacimiento como tipo social

El ser humano desde siempre se ha asociado, ya que es parte de su naturaleza social y con el transcurrir del tiempo han existido diversos tipos o formas de asociarse. La necesidad de coordinar labores, realizar división de tareas y colaborar entre los miembros de un grupo de individuos fue dando paso a la creación de organizaciones de personas que buscaban apoyo mutuo, seguridad y garantías de conservación de los suyos, entre otros objetivos. Esto permitió de forma primitiva el origen de elaboradas formas de asociación que, en la actualidad efectúan numerosas actividades con distintos fines no necesariamente económicos. (Sánchez, 2017, p.11)

Varios autores reconocen desde el código de Hammurabi la asociación de personas para conseguir ciertos fines, posteriormente surgieron otros contratos para asociarse.

En el Imperio Romano surgen dos antecedentes importantes, la *societas omnium bonorum*, donde se exigía a los partícipes aportar la totalidad de su patrimonio; ésta contaba, además, con una estructura familiar inflexible en la que se proscribía la entrada de terceros ajenos a la familia. Y la *societas unius negotiationis*, creada con el objeto de llevar a cabo transacciones de carácter internacional y para una sola operación o negocio, como la compraventa de esclavos. De esta última se derivan la *societatis vectigalium*, constituidas por publicanos para mediar en el cobro de los impuestos entre el Estado y los contribuyentes, y la *societatis unius rei*, como un contrato consensual de buena fe en el que persiste la idea del *ius fraternitatis*; los participantes aportaban sus bienes singulares para la obtención de un beneficio común para todos los socios. (Nieto, 2010, p.47)

En la edad media surge el contrato de *commenda*, los sujetos partícipes en el contrato eran un capitalista y un negociante, el capitalista entregaba un dinero para que otro lo negociara y luego el capitalista pudiera recibir un resarcimiento por entregar ese dinero. (Sánchez, 2017). Mr Pardessus (Como se citó en Guillen, 1863) opina que este contrato tomado al parecer del comercio

marítimo del Mediterráneo era practicado por los italianos establecidos en Francia en el siglo XIV, apoyándose en una ordenanza francesa de 1315.

En cuanto a la evolución del derecho comercial colombiano se debe tener en cuenta que principalmente parte de seguir la normatividad mercantil de otros países, en principio del derecho español, después de la emancipación continuaban vigentes en Colombia las ordenanzas de Bilbao, las leyes de la recopilación de indias, las de la nueva recopilación de castilla y las de las siete partidas, esto hasta realizar una copia casi completa del Código de comercio español en 1853 (Aldana,2007). De esta manera se entiende que no existió en Colombia la creación de una normatividad comercial propia al obtener independencia del país español.

El código de comercio de 1853 surge de la obra del senador Justo Arosemena quien propuso al congreso la legislación comercial en 1853, este código fue casi un trasplante legal del Código de Comercio español de 1829 (Delvasto & Barr, 2012).

El día 16 de mayo de 1853, el Poder Ejecutivo decretó el nombramiento de una comisión para evaluar la pertinencia del proyecto e informar a este si lo debía presentar al Congreso (Delvasto, 2014 p. 98) con el nombramiento de esta comisión se observa como la tarea de legislar sale de las manos del poder legislativo y pasa a manos de terceros, facultad otorgada por el poder ejecutivo, logrando como resultado una copia idéntica del Código de Comercio español de 1829.

Es necesario advertir que algunos de los artículos fueron suprimidos, enmendados en su estructura y estilo gramatical, y en contadas excepciones fueron alterados sustancialmente. Modificaciones en parte, influenciadas por la animadversión a ciertas instituciones españolas y el entusiasmo y pensamiento liberal de sus redactores, provocando así, innovaciones jurídicas bastante interesantes para la época. (Delvasto, 2014 p. 99)

Los cambios mas relevantes realizados por los redactores del código de comercio de 1853 fueron, en primer lugar, la definición de comerciante donde se suprime el requisito de estar inscrito en la matrícula de comercio para ser considerado comerciante, en segundo lugar, se suprimieron dos artículos en los que la compañía anónima pasaba a ser privada y se constituía sin la aprobación del Estado. (Delvasto, 2014). De esta manera puede decir que la comisión redactora tuvo una intención de realizar ciertos cambios con intenciones libertarias y que diferenciaron en menor medida la legislación mercantil colombiana de la española.

Estos cambios no fueron aprovechados pues, en las escuelas de Derecho no se enseñaba Derecho Comercial, por eso, tampoco habían abogados disponibles para aplicar y dar vida a la ley comercial; la ley sencillamente estaba en los libros, pero, sin que el espíritu de la ley descendiera a la sociedad y se difundiese en la cultura jurídica. (Delvasto, 2014, p. 105)

El código de comercio de 1853 no tuvo una duración muy prolongada de manera formal debido a que el Estado paso a ser un Estado Federal.

Desde la creación del Estado Federal Soberano de Panamá como integrante de la Nueva Granada, a través del Acto Adicional a la Constitución de fecha del 27 de febrero de 1855, se abre el camino para que otras regiones y departamentos también fuesen declarados como Estados Federales Soberanos. (Delvasto, 2014, p.107)

En 1858 ya estaban separados por estados como el estado de Antioquia, Santander, Cauca, Cundinamarca, Boyacá, Bolívar y Magdalena. (Delvasto, 2014).

La Constitución de la Confederación Granadina de 1858 en su artículo 15, define los asuntos que son competencia del gobierno general o federado, dejando sin mención los asuntos comerciales terrestres, así cada estado podía crear leyes para elaborar leyes para asuntos comerciales terrestres, con la Constitución de Rionegro de 1863 se continuó dando libertad a los estados en los asuntos comerciales terrestres no obstante varios Estados siguieron una copia del código de 1853, mientras tanto Panamá adopto su Código de comercio en 1869, un trasplante legal del Código de Comercio de Chile de 1867, cuando ocurrió el cambio de gobierno federalista a centralista el Código de comercio de Panamá de 1869 fue el adoptado como principal fuente normativa del gobierno terrestre a través de la Ley 57 de 1887. (Delvasto, 2014). Es evidente que, aunque hubo diferentes cambios en la concepción del Estado, la regulación mercantil no recibió cambios significativos pues no hubo una legislación propia creada para las necesidades de la sociedad por el contrario se siguieron utilizando los trasplantes jurídicos de legislaciones extranjeras mediante comisiones redactoras.

Posteriormente surgieron cambios en la regulación mercantil colombiana, Aldana (2007) afirma: “nuestro ordenamiento nunca ha sido ajeno a la adopción de normas extranjeras. Tan es así, que junto con el resto de los países latinoamericanos compartimos las mismas bases de tradición francesa y más recientemente nos influncian las legislaciones anglosajonas” (p.15). Ya

para la creación del nuevo código de comercio dos comisiones inspiradas en la Comisión Francesa Revisora de los Códigos de Napoleón revisaron la legislación comercial en la de 1958 solo se debatieron los dos primeros libros mientras en la de 1970 se revisaron los siguientes (Aldana,2007).

La creación del Código de Comercio de 1971 tuvo varios momentos, Pinzón (como se citó en Delvasto & Barr , 2012) expresa que en 1953 el presidente Roberto Urdaneta A., a través del Decreto 817 de 1953 creó una comisión para revisar todos los códigos incluido el código de comercio, posteriormente en 1956, se tomó la decisión de completar un nuevo código de comercio en dos años y se encargó de nuevo a un grupo de redactores tomando como referencia el trabajo de la redacción francesa del Código de Comercio de 1947. Finalmente, con esta comisión tampoco se llegó a culminar el proyecto.

En virtud de la Ley 16 de 1968, el Presidente Misael Pastrana Borrero sanciona el Decreto 419 de 1971 o Código de Comercio, diez años después, creó la Comisión que continuó con la elaboración del proyecto y su posterior modificación por parte del Gobierno actuando fuera del alcance de lo determinado por el Congreso (Delvasto, 2014).

El Título Preliminar, es similar al Título Preliminar del Código de Comercio de 1865, el libro segundo del Código de Comercio tiene influencia del Código de Comercio Italiano de 1942, en el Código de Comercio Mexicano de 1934, al igual que en el Código Japonés de 1951, y la Ley de Sociedades Francesa de 1966. (Delvasto, 2014). Gracias a la implementación de las normas mercantiles de otros países en Colombia se puede identificar las similitudes de la sociedad en comandita en la legislación colombiana con las sociedades en comandita existentes en otros ordenamientos jurídicos además de las características esenciales que aún conservan las sociedades en comandita en comparación con el contrato de *commenda* que inspiró su creación.

Algunas características destacadas del contrato de *commenda* consisten en que tenían como base la confianza y que existía una responsabilidad limitada ya que el capitalista solo tenía responsabilidad hasta el dinero prestado y solo se conocía al negociante o comanditario (Guillen, 1863). Hasta hoy en el ordenamiento jurídico colombiano, en el código de comercio se mantiene la característica de una responsabilidad limitada en las sociedades en comandita como en el contrato de *commenda*, así dispone el artículo 323:

La sociedad en comandita se formará siempre entre uno o más socios que comprometen solidaria e ilimitadamente su responsabilidad por las operaciones sociales y otro o varios socios que limitan la responsabilidad a sus respectivos aportes. Los primeros se denominarán socios gestores o colectivos y los segundos, socios comanditarios. (Código de Comercio colombiano, 1971, art. 323)

Igualmente, solo los socios colectivos son los que ejercen la administración, al igual que en el contrato de *commenda* donde el negociante era quien administraba el dinero entregado por el capitalista actualmente el Código de Comercio determina la administración de las Sociedades en Comandita en el artículo 326:

La administración de la sociedad estará a cargo de los socios colectivos, quienes podrán ejercerla directamente o por sus delegados, con sujeción a lo previsto para la sociedad colectiva. (Código de Comercio colombiano, 1971, art. 326)

Según Bercovitz, Barba de vega y Bercovitz (2013) las características principales de las sociedades en comandita como tipo social son:

1. La coexistencia de dos tipos de socios: Colectivos y comanditarios.
Los socios colectivos se someten al régimen de los socios de las sociedades colectivas.
2. Socios colectivos son quienes responden ilimitadamente frente a terceros y se encargan de la administración social.
Los socios comanditarios realizan una aportación patrimonial para participar de los resultados económicos sin intervenir en su gestión, estos responden hasta el monto de sus aportes.
3. Se puede considerar como una sociedad personalista debido a que se constituye conforme a las condiciones personales y patrimoniales de los socios, principalmente para los socios colectivos debido a su similitud con los socios de sociedades colectivas, esto tiene menor relevancia en los socios comanditarios por su limitación en la responsabilidad y porque no realizan labores de administración de la sociedad

Además de estas características se encuentran otras similitudes en varios ordenamientos jurídicos respecto de las sociedades en comandita por ejemplo: En España, la razón social de la sociedad en comandita deberá estar conformada por el nombre y apellidos, o solo uno de los

apellidos de todos los socios colectivos, de algunos de ellos, o de uno solo si se dan los últimos dos casos se deberá incluir al final la expresión *y compañía* o *y cía*, también se podrán incluir expresiones que reflejen el objeto social. (Bercovitz et al, 2013) En Colombia la reglamentación no difiere mucho conforme al artículo 324 del Código de Comercio:

La razón social de las comanditarias se formará con el nombre completo o el solo apellido de uno o más socios colectivos y se agregará la expresión "y compañía" o la abreviatura "& Cía.", seguida en todo caso de la indicación abreviada "S. en C." o de las palabras "Sociedad Comanditaria por Acciones" o su abreviatura "S. C. A.", si es por acciones, so pena de que para todos los efectos legales se presuma de derecho que la sociedad es colectiva.

El socio comanditario o la persona extraña a la sociedad que tolere la inclusión de su nombre en la razón social responderá como socio colectivo. (Código de Comercio colombiano, 1971, art. 324)

De esta manera, se demuestra que el surgimiento de la sociedad en comandita como tipo social aún mantiene características del *contrato de commenda*, con el paso del tiempo los diferentes ordenamientos jurídicos han definido el rumbo de este contrato hasta convertirlo en un tipo social más específico y regulado, también se reconoce que los ordenamientos jurídicos de diferentes naciones no son del todo alejados existen semejanzas en aquellos que han tenido influencias comunes en cuanto a su regulación mercantil es por ello que la sociedad en comandita posee características similares aun en lugares no regulados por la misma normatividad.

La sociedad en comandita simple como modelo dual de responsabilidad

La sociedad en comandita simple ha sido considerada desde su nacimiento como un vehículo que permite tener dos tipos de responsabilidades respecto de las obligaciones que se adquieren por la sociedad, debido a que los socios pueden ser de dos formas, donde se compromete la responsabilidad de manera diferente, de un lado tenemos a los socios gestores quienes responden hasta con su propio patrimonio de manera que la responsabilidad es ilimitada, por el otro los socios comanditarios quienes solo responden hasta el monto de su aporte dentro de la sociedad. En suma, los socios comanditarios realizan esta aportación patrimonial con el fin de participar en sus resultados económicos sin intervenir en su gestión y lo más importante sin arriesgar capital. (Bercovitz 2013 p.275).

Una de las razones principales por las cuales se une el socio comanditario es la participación en los resultados económicos de la sociedad además la sociedad en comandita tiene similitudes conforme al contrato de cuentas en participación, esto porque desde un punto de vista económico cumplen la misma función, sin embargo, la doctrina ha logrado señalar las principales diferencias entre estas dos figuras contractuales. La primera consta en determinar que en el contrato de sociedad en comandita simple si existe un patrimonio común a todos los socios, diferente a lo que puede suceder en un contrato de cuentas en participación, por lo que su creación implica una titularidad compartida de la sociedad frente a terceros, esto también implica que en los contratos de cuentas en participación los partícipes no sean visibles en el exterior siendo desconocida su existencia por parte de terceros caso contrario a lo que sucede en el contrato de sociedad comandita simple donde se conocen todos los socios y su calidad de gestores o comanditarios frente a terceros (Bercovitz 2013 p.276).

Frente a las responsabilidades que tienen los socios con la sociedad también surgen ciertos derechos que permiten verificar el buen funcionamiento y administración de la

sociedad. Según el artículo 187 del Código de Comercio los socios actuando colectivamente en la asamblea o junta de socios o accionistas, tienen el derecho de aprobar o improbar las cuentas, balances de ejercicio y de más estados financieros. (Código de Comercio colombiano, 1971)

Ahora bien, frente a la sociedad en comandita simple ese derecho está en cabeza de los socios comanditarios los cuales pueden ejercer este derecho en cualquier momento. (Neira Luis, 2006, p 194). Todo esto igual tiene una limitación, si el socio comanditario tiene un establecimiento dedicado a las mismas actividades que desempeña la sociedad o a su vez se encuentra asociado a otras compañías que ejerzan las mismas actividades bajo ese supuesto perderá el derecho de inspección.

Se refiere a los socios con calidad de comanditarios por lo que esta limitación no está presente en los socios gestores o colectivos debido a que estos ejercen la actividad de “administradores de la sociedad” por lo que intrínsecamente a su función tendrán derecho a acceder a todos los documentos propios de la sociedad comandita y su derecho se regula a través de las normas consagradas para los socios de la sociedad colectiva.

Según el profesor Neira (2006) esta limitación tiene sentido debido a que se quiere evitar que exista competencia desleal y por esta razón niega a los socios comanditarios quienes no ejercen una labor de administradores el poder revisar información que pueda afectar la sociedad en comandita con temas relacionados a la competencia desleal.

En conclusión, se debe tener en cuenta para poder determinar la responsabilidad ante terceros, frente a qué tipo de socio se esta y con base en ello entender si responde por su cuota parte en la sociedad o responde con la totalidad de su patrimonio en el caso de los socios gestores.

Régimen de responsabilidad de los administradores versus régimen de responsabilidad del socio gestor o colectivo

La teoría general de la responsabilidad de los administradores sociales se encuentra regulada conforme a la ley 222 de 1995, la cual modifica algunos articulados del Código de Comercio colombiano, Pérez (2016) afirma que:

Esta consagra una responsabilidad común para los administradores de todos los tipos de sociedad. Esta responsabilidad de los administradores es sustancialmente diferente de la responsabilidad de la sociedad en sí misma. Cuando hablamos de responsabilidad de estos funcionarios, nos referimos específicamente a su responsabilidad PERSONAL. (p.38)

Las personas consideradas como administradores según la ley 222 de 1995:

Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones. (Ley 222, 1995, art.22)

Representante legal

El representante legal es quien tiene a su cargo la gestión externa de la sociedad.

La gestión social, El profesor Narvéez (Como se citó en Giraldo, 2004) comprende la interna y la externa. La primera, se refiere a un conjunto de actos internos tales como deliberaciones, decisiones, nombramientos, autorizaciones, controles, órdenes, etc. La segunda, en cambio, envuelve los actos que, actualizando la personalidad jurídica de la sociedad, la relacionan con terceros y pueden llegar a comprometer su responsabilidad para con ellos. El representante legal es, pues, quien, como su nombre lo indica, representa a la persona societaria frente a los terceros con quienes interactúa y con quienes entabla

relaciones jurídicas, celebrando contratos, adquiriendo derechos y asumiendo obligaciones.

De esta manera se puede decir que el representante legal es por excelencia uno de los principales administradores de la sociedad pues tiene a su cargo la responsabilidad de realizar gestiones tanto internas como externas que influyen en todo el funcionamiento de la sociedad.

Liquidador

La figura del liquidador corresponde a un momento específico en la vida de la sociedad, "... toda vez que la personalidad de la sociedad se conserva hasta que se inscribe en el registro la cuenta final de la liquidación, es lógico pensar que, durante la fase de liquidación, sea a través del liquidador que la sociedad se haga presente frente a terceros." (Giraldo, 2004, p.242). Finalmente, cuando la sociedad entra en esta etapa de liquidación solo adelanta funciones para este fin.

Factor

El factor es una de las partes en el contrato de mandato denominado proposición, el factor tiene por objetivo la administración de un establecimiento de comercio o de una parte o ramo de la actividad del mismo.

... el factor no es un órgano social ni hace parte de una estructura institucional propia de las sociedades. Sin embargo, y aunque la única relación que exista entre el factor y la sociedad sea un contrato de mandato, dadas las amplias prerrogativas con las que cuenta el factor, el alto grado de poder de acción que concentra y el riesgo que su conducta implica para los asociados y los terceros, ha querido el legislador contarlos entre los administradores y exigir de éste la conducta señalada para éstos en la ley. (Giraldo, 2004, p.243)

Las facultades del factor se encuentran establecidas en el artículo 1335 del Código de Comercio.

Miembros de juntas o consejos directivos

Las juntas o consejos directivos se toman como órganos administrativos debido a que estos toman decisiones para orientar la actividad social.

Quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten estas funciones

Ha considerado el legislador que el régimen establecido para los administradores comprende o es aplicable a todo sujeto que, independientemente de la denominación que reciba, ejerza o detente funciones administrativas. No es necesario, según se desprende del texto legal, que el sujeto “ejerza” efectivamente sus funciones, es decir, que las ponga en acto; sino que basta que las “detente” para hacerse destinatario de la regulación, aun cuando no llegue nunca a ejercerlas. (Giraldo, 2004, p.243)

Quienes llevan a cabo estas funciones de administración de la sociedad, la ley 222 de 1995 ha expresado las aptitudes y deberes que deben tener como administradores.

Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados... (Ley 222, 1995, art.23)

La Superintendencia de Sociedades de Colombia (SSC, 2013) define estos principios de la siguiente manera:

La buena fe: es un principio de Derecho incorporado en el artículo 83 de la Constitución Política, en el artículo 1603 del Código Civil y en el artículo 871 del Código de Comercio, recogido en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, el cual presume que las actuaciones de las personas son legítimas, exentas de fraude o cualquier otro vicio. Se entiende como el obrar con la conciencia recta, con honradez y lealtad de acuerdo con un estándar aceptado de usos sociales y buenas costumbres.

La lealtad: es el actuar recto y positivo que le permite al administrador realizar cabal y satisfactoriamente el objeto social de la empresa, evitando que en situaciones en las que se presente un conflicto de sus intereses se beneficie injustamente a expensas de la compañía o de sus socios. Impone la obligación de actuar de manera franca, fiel, íntegra y objetiva; implica que los actos de los administradores se orienten a la finalidad social y privada de la empresa.

La diligencia de un buen hombre de negocios: hace relación a que las actuaciones de los administradores no sólo deben encontrarse acompañadas de la prudencia de un buen padre de familia, sino que su diligencia debe ser la que tendría un profesional, un comerciante sobre sus propios asuntos, de manera que su actividad siempre debe ser oportuna y cuidadosa. Lleva implícitos deberes como el de informarse suficientemente antes de tomar decisiones.

Estos deberes son los que guían las funciones y acciones de todos los administradores además de los deberes específicos del artículo 23 de la ley 222 de 1995.

Responsabilidad del socio gestor

En las sociedades en comandita, los socios gestores se encuentran encargados de su administración según el artículo 326 del código de Comercio:

La administración de la sociedad estará a cargo de los socios colectivos, quienes podrán ejercerla directamente o por sus delegados, con sujeción a lo previsto para la sociedad colectiva. (Código de Comercio colombiano, 1971, art.326)

Los socios gestores según este mismo artículo tienen la facultad para delegar el ejercicio de la administración, incluso el artículo 327 del Código de Comercio evidencia que deben ser delegados los socios comanditarios para que se entiendan como representantes de la sociedad

Los comanditarios no podrán ejercer funciones de representación de la sociedad sino como delegados de los socios colectivos y para negocios determinados. En estos casos deberán indicar, al hacer uso de la razón social, que obran por poder, so pena de responder solidariamente con los gestores por las operaciones sociales que celebren o ejecuten. (Código de Comercio colombiano, 1971, art 327)

Pérez (2016) afirma:

Debemos hacer varias consideraciones: Pareciera que la delegación en los comanditarios es sólo respecto de la representación, mas no de la administración, es decir para comprometer a la sociedad frente a terceros y respecto de casos particulares, pero no en cuanto a la gestión general de la sociedad (dicha delegación debe ser entonces para casos determinados, no para aspectos generales) y adicionalmente esta delegación no implica su responsabilidad solidaria e ilimitada, salvo que no indiquen que obran por poder. (p43)

Además de esta delegación que recae en los socios comanditarios, también puede delegarse en terceros o extraños:

estos socios gestores también pueden delegar en extraños, siendo dicha delegación un acto jurídico formal, esto es, que debe constar en el contrato social, so pena de tener que hacerse una reforma estatutaria, con los requisitos que la misma exige. Adicionalmente debe distinguirse: si la delegación se hace en otro socio colectivo, no se requiere ningún requisito adicional. Pero si la delegación se hace en un extraño, se necesita además la autorización de los demás consocios; como esta exigencia proviene de una norma de la sociedad colectiva que se aplica por remisión específica, debe entenderse que la autorización es sólo de los socios gestores mas no de los comanditarios, primero porque las normas de los colectivos se aplican a los gestores y no a los comanditarios y, segundo, porque son los socios gestores quienes deben responder solidaria e ilimitadamente por las operaciones sociales aun delegada la administración. Luego son ellos quienes deben responder por los actos realizados por el tercero y los comanditarios no sólo tienen una responsabilidad

limitada a sus aportes sino que, adicionalmente, no intervienen en la gestión de los negocios sociales. (Perez, 2016, p.42)

El artículo 341 del Código de Comercio remite a las disposiciones de los socios colectivos en lo que no esté regulado específicamente para los socios gestores.

En lo no previsto en este Capítulo se aplicarán, respecto de los socios gestores, las normas de la sociedad colectiva, y de los comanditarios, las disposiciones de la compañía de responsabilidad limitada. (Código de Comercio colombiano, 1971, art 341)

Los socios gestores deberán estar de acuerdo para delegar la administración en un extraño, se hace especificación en los socios gestores porque los artículos que presentan disposiciones para los socios colectivos sólo son aplicables a los socios gestores, por lo tanto, esta autorización sólo recae en ellos.

Todo socio deberá obtener autorización expresa de sus consocios para:

- 1) Ceder total o parcialmente su interés en la sociedad;
- 2) Delegar en un extraño las funciones de administración o de vigilancia de la sociedad;
- 3) Explotar por cuenta propia o ajena, directamente o por interpuesta persona, la misma clase de negocios en que se ocupe la compañía, y
- 4) Formar parte de sociedades por cuotas o partes de interés, intervenir en su administración o en las compañías por acciones que exploten el mismo objeto social. (Código de Comercio colombiano, 1971, art 296)

El artículo 310 que se refiere a la sociedad colectiva, también reafirma la posibilidad de delegar la administración de la sociedad a extraños, esto con autorización de los consocios, y en el

caso de la sociedad en comandita simple con autorización de los socios gestores como se dijo anteriormente.

La administración de la sociedad colectiva corresponderá a todos y a cada uno de los socios, quienes podrán delegarla en sus consocios o en extraños, caso en el cual los delegantes quedarán inhibidos para la gestión de los negocios sociales. Los delegados tendrán las mismas facultades conferidas a los socios administradores por la ley o por los estatutos, salvo las limitaciones que expresamente se les impongan. (Código de Comercio colombiano, 1971, art 310)

La administración de la sociedad en comandita simple, por lo tanto, aunque recae en los socios gestores, no siempre son estos los que realizan las funciones administrativas, pues cuando estas se delegan ya sea a socios comanditarios o extraños, sin que los socios gestores se puedan quitar la responsabilidad administrativa que les corresponde por su condición.

Ahora bien es importante observar el artículo 323 del Código de Comercio debido a que en este artículo se expresa la calidad de los socios que pertenecen a la sociedad, adicional a ello se refiere a los diferentes tipos de responsabilidades que se adquieren dependiendo de la calidad del socio, de manera que el socio gestor compromete su responsabilidad solidaria e ilimitadamente por la operaciones sociales, mientras que los socios comanditarios comprometen su responsabilidad solo a sus respectivos aportes.

La sociedad en comandita se formará siempre entre uno o más socios que comprometen solidaria e ilimitadamente su responsabilidad por las operaciones sociales y otro o varios socios que limitan la responsabilidad a sus respectivos aportes. Los primeros se denominan socios gestores o colectivos y los segundos, socios comanditarios. (Código de Comercio colombiano, 1971, art. 323)

Así mismo se puede constatar según el artículo 325 del Código de Comercio que el capital de las sociedades en comandita simple se formará con dos tipos de aportes simultáneamente, los cuales serán los aportes realizados por los socios comanditarios y los aportes realizados por los socios gestores y tendrán que ser relacionados en la respectiva escritura pública determinando su

respectivo valor, con esto se ve que los socios gestores también podrán realizar aportes, sin embargo, esta razón no basta para que su responsabilidad tenga alguna variación, debido a que el mismo artículo indica que la responsabilidad no cambiaría y por ello a pesar de realizar aportes de capital su responsabilidad seguirá siendo solidaria e ilimitada.

El capital social se formará con los aportes de los socios comanditarios o con los de éstos y los de los socios colectivos simultáneamente.

Cuando los colectivos hicieran aportaciones de capital, en la respectiva escritura se relacionarán por su valor, sin perjuicio de la responsabilidad inherente a la categoría de tales socios. El comanditario no podrá en ningún caso ser socio industrial. (Código de Comercio colombiano, 1971, art.325)

Sobre este aspecto queda claro que los socios gestores seguirán conservando su responsabilidad solidaria e ilimitada sobre las operaciones que tenga la sociedad en comandita simple, sin importar que también realicen aportes de capital.

De igual forma conforme a la Superintendencia de Sociedades en el oficio 220-22251 del 2000 se prevé la posibilidad de que un socio pueda ostentar la calidad de socio gestor y a su vez la calidad de socio comanditario, todo esto en razón a los aportes de capital que se realizan a la sociedad, según nuestra legislación realizar aportes de capital no basta para ostentar la calidad de socio comanditario debido a que se exige como requisito que aquellos socios gestores que deseen la calidad de socio comanditario en relación a sus aportes de capital deberán manifestar su intención inequívoca al respecto.

Lo anterior se puede inferir de lo consagrado en el artículo 331 del código de comercio:

Las acciones que un socio gestor tenga en la sociedad podrán cederse separadamente de las partes de interés que tenga como gestor, e inversamente, pero con sujeción a lo previsto en los artículos anteriores. (Código de Comercio colombiano, 1971, art.331)

Ostentar de forma simultánea la calidad de socio gestor y comanditario no habilita al socio gestor para que se exonere de algún tipo de responsabilidad en relación con sus aportes de capital y a su condición de manera que responderá de forma solidaria e ilimitada.

Gabino Pinzón (1989) en su obra sociedades comerciales tomo II afirma que los socios gestores pueden realizar aportes de capital sin dejar de ostentar su calidad como socios gestores o colectivos y que por esta simple razón tampoco van a adquirir una doble calidad sin manifestarlo de forma inequívoca y su responsabilidad no variará en ningún sentido. Finalmente se debe hacer la claridad de que, si el socio gestor realiza aportes de capital, pero sin tener intención de ser socio comanditario simplemente su aporte no se verá reflejado en acciones o cuotas de capital y solo se dejará relacionado en la escritura por su valor correspondiente.

Teniendo en cuenta esto, es claro que el socio gestor en ninguna circunstancia en la que realice aportes de capital podrá exonerarse de la responsabilidad solidaria e ilimitada que tiene por ostentar la calidad de socio gestor.

Por otra parte, se encuentra regulada la responsabilidad de los administradores consagrada en la ley 222 de 1995 y se evidencia que la responsabilidad que tienen los administradores es aplicable casi en su totalidad a los socios gestores de la sociedad en comandita simple, debido a que los socios gestores actúan como administradores de la sociedad.

La ley 222 de 1995 en el artículo 23 ha consagrado para los administradores ciertos deberes de los cuales se puede derivar responsabilidad si se incumplen y se ocasiona un daño para la sociedad por el incumplimiento.

Dentro de los deberes de los administradores se encuentran los siguientes:

- Realizar esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social: Los administradores deben hacer todo lo que esté a su alcance para que se lleven a cabo las actividades económicas previstas en el objeto de la compañía.
- Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad: los administradores deben guardar y proteger los secretos empresariales de la sociedad, los cuales se dividen en secretos comerciales e industriales.

Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina, Artículo 260:

Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva

industrial o comercial y que sea susceptible de transmitirse a un tercero en la medida que dicha información sea:

a) Secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes,

no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva.

b) Tenga un valor comercial por ser secreta.

c) Haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta. La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.

Este deber se encuentra también consagrado en el artículo 265 de la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina:

Toda persona que, con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a un secreto empresarial sobre cuya confidencialidad se le haya prevenido, deberá abstenerse de usarlo o divulgarlo, o de revelarlo sin causa justificada y sin consentimiento de la persona que posea dicho secreto o de su usuario autorizado.

Obligaciones del administrador que esté o se proponga participar en actos que implican competencia o conflictos de intereses (Decreto 1925 de mayo 28 de 2009):

- Ordenar la convocatoria o convocar directamente a la asamblea de accionistas o junta de socios.

- Pedir autorización a la asamblea de accionistas o junta de socios. Los socios o accionistas que autorice a los administradores la realización de actos que impliquen competencia o

conflictos de intereses, responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que dichos actos ocasionen a la sociedad.

Para los administradores es posible exonerarse de la responsabilidad conforme a las siguientes causales:

- Aquellos en donde concurrió la fuerza mayor o el caso fortuito.
- Aquellos en que los administradores no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión que dio lugar a los perjuicios.
- Aquellos en los que los administradores hayan votado en contra de la decisión que originó los perjuicios, siempre que no hayan ejecutado dicha decisión.

Entre los mecanismos para atribuir responsabilidad a los administradores, en primer lugar, se tiene la acción social de responsabilidad, la cual se realiza previa decisión de la asamblea de accionistas o junta de socios y se interpone en contra de los administradores que le hayan ocasionados perjuicios a la misma. La decisión de la asamblea o junta de socios de hacer uso de la acción social de responsabilidad implica la remoción de los administradores.

Esta acción, es la excepción del régimen de responsabilidad de administradores en la sociedad en comandita ya que esta acción no es aplicable a los socios gestores.

En segundo lugar, se tiene la acción individual de responsabilidad, acción que pueden intentar los socios o terceros que hayan sufrido perjuicios derivados de las actuaciones de los administradores.

Conforme a lo dicho, se evidencia que los socios gestores, quienes son los administradores de la sociedad en comandita, responden conforme al régimen de responsabilidad de los administradores, y recaen sobre estos socios, todos los deberes, facultades y la respectiva acción individual por incumplimiento de estos.

Exclusión del socio gestor y continuidad de la sociedad

La sociedad en comandita, como la determina el Código de Comercio colombiano se conforma por dos tipos de socios, uno o más socios que comprometen solidaria e ilimitadamente su responsabilidad por las operaciones sociales y otro o varios socios que limitan la responsabilidad a sus respectivos aportes; los primeros se denominan socios gestores o colectivos y los segundos, socios comanditarios. La administración de la sociedad estará a cargo de los socios gestores o colectivos.

De acuerdo a lo expuesto en cuanto a las dos calidades de socios que existen en la sociedad en comandita simple, el mismo Código de Comercio colombiano hace distinciones en cuanto a sus facultades y potestades, concluyendo que finalmente quien o quienes tienen la calidad de socios gestores poseen características especiales frente a otros tipos de socios, de esta manera para los socios comanditarios puede ser difícil tener que enfrentar al socio gestor cuando este no está realizando sus funciones adecuadamente.

Los demás socios, no tienen el deber de soportar la situación antes mencionada, estos pueden realizar acciones para que el socio gestor responda por sus actitudes e incluso sea excluido de la sociedad en comandita simple, esto conforme a la normatividad del Código de Comercio colombiano y a los conceptos, disposiciones y decisiones de la Superintendencia de Sociedades de Colombia.

Se debe tener claro que el Código de Comercio dispone que, en lo no regulado para los socios gestores en los artículos respectivos a la sociedad en comandita simple, a estos se aplicará lo dispuesto para los socios gestores de la sociedad colectiva.

En lo no previsto en este Capítulo se aplicarán, respecto de los socios gestores, las normas de la sociedad colectiva, y de los comanditarios, las disposiciones de la compañía de responsabilidad limitada. (Código de Comercio colombiano, 1971, art.341)

Además de la aplicación de estas normas para los socios gestores de la sociedad en comandita, estos también se entienden como administradores de la sociedad de acuerdo con el Código de Comercio colombiano.

La administración de la sociedad estará a cargo de los socios colectivos, quienes podrán ejercerla directamente o por sus delegados, con sujeción a lo previsto para la sociedad colectiva. (Código de Comercio colombiano, 1971, art. 326)

Y la Responsabilidad a la que se comprometen los socios gestores por las operaciones sociales es solidaria e ilimitada.

La sociedad en comandita se formará siempre entre uno o más socios que comprometen solidaria e ilimitadamente su responsabilidad por las operaciones sociales y otro o varios socios que limitan la responsabilidad a sus respectivos aportes. Los primeros se denominarán socios gestores o colectivos y los segundos, socios comanditarios. (Código de Comercio colombiano, 1971, art.323)

Se entiende entonces que los socios gestores deben cumplir la normatividad prevista para los socios colectivos de la sociedad colectiva y también deben cumplir los deberes de los administradores si no quieren generar consecuencias jurídicas desfavorables.

Una de las consecuencias jurídicas en la persona del socio gestor que se pueden establecer según la normatividad comercial, es la exclusión del socio gestor de la sociedad en comandita simple, conforme a las causales de exclusión previstas en las normas de la sociedad colectiva para los socios colectivos.

Todo socio deberá obtener autorización expresa de sus consorcios para:

....

3) Explotar por cuenta propia o ajena, directamente o por interpuesta persona, la misma clase de negocios en que se ocupe la compañía, y

4) Formar parte de sociedades por cuotas o partes de interés, intervenir en su administración o en las compañías por acciones que exploten el mismo objeto social. (Código de Comercio colombiano, 1971, art 296)

Sin perjuicio de las sanciones establecidas en la ley penal, el socio que retire cualquier clase de bienes de la sociedad o que utilice la firma social en negocios ajenos a ella, podrá ser excluido de la compañía, perdiendo en favor de ésta su aporte y debiendo indemnizarla si fuere el caso. (Código de Comercio colombiano, 1971, art.298)

Otra posibilidad es llevar hasta la Jurisdicción Ordinaria el caso en que el socio gestor como administrador este generando perjuicios a la sociedad conforme al artículo 200 del Código de Comercio, con la posibilidad de solicitar la disolución y liquidación de la sociedad

Artículo subrogado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:
Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.

En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.

De igual manera se presumirá la culpa cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia. En estos casos el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar.

Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal.

Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades ante dichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos. (Código de Comercio colombiano, 1971, art.200)

De acuerdo con las situaciones expuestas, se entiende que, en la sociedad en comandita simple, se puede excluir al socio gestor cuando ha incurrido en las causales de exclusión del artículo 296 y 298 del Código de Comercio, esta decisión recae en la Junta de Socios, la cual constituye una reforma estatutaria que deberá cumplir con los requisitos previstos en la ley y en los estatutos.

En el caso de las Sociedades en Comandita simple el Código de Comercio dispone lo siguiente:

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 338 y salvo estipulación expresa en contrario, las reformas estatutarias se aprobarán por la unanimidad de los socios colectivos y por la mayoría absoluta de votos de los comanditarios, y deberán reducirse a escritura pública. (Código de Comercio colombiano, 1971, art.340)

Sin embargo, la Superintendencia de Sociedades en Sentencia del 2019 expresó que el artículo 340 consiste en una norma de carácter supletivo y se puede pactar en contrario:

En adición a lo anterior, en punto tocante a las mayorías necesarias para adoptar la decisión, si bien la norma general establece que las decisiones de reforma estatutaria deben adoptarse por unanimidad entre los socios gestores (Artículo 340 del Código de Comercio), esta norma es de carácter supletivo y, en esa medida, es posible pactar en contrario.

En el presente caso decidido por la Superintendencia de Sociedades la modificación de lo dispuesto en el artículo 340 del Código de Comercio colombiano se hizo en el artículo décimo de los estatutos de la sociedad de la siguiente manera:

“Las decisiones de la Junta General de socios, cualesquiera que sean, deberán adoptarse con el voto de un socio gestor y la mayoría absoluta, lo que es lo mismo, la mitad más uno de los socios comanditarios, sin perjuicio (sic.) de lo previsto en el artículo séptimo de estos estatutos.” (Superintendencia de Sociedades Colombia, 2019-01-363490, 2019)

En este caso lo que se hizo en los estatutos de la sociedad fue eliminar la exigencia de la unanimidad de votos de los socios colectivos según el artículo 340 del Código de Comercio colombiano y en su lugar exigir, aunque sea el voto de un socio gestor y la mayoría absoluta de los comanditarios para la toma de decisiones de la Junta General de socios.

Es posible entonces pactar en los estatutos de la sociedad en comandita simple un quórum y mayorías diferentes a las establecidas para llevar a cabo una reforma estatutaria, de manera que cumpliendo con las disposiciones dispuestas en los estatutos la decisión de excluir al socio gestor será válida.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que la acción social de responsabilidad planteada en el artículo 25 de la ley 222 de 1995, no es compatible ni viable en las sociedades en comandita simple, al respecto la Superintendencia de Sociedades Colombiana se ha expresado en diferentes oficios dando cuenta de su tesis y la doctrina vigente aplicable al tema:

... En las sociedades comanditarias, la administración está a cargo de los socios colectivos, quienes podrán ejercerla directamente o por sus delegados, con sujeción a lo previsto para las sociedades colectivas. Por su parte, los comanditarios no podrán ejercer funciones de representación de la sociedad sino como delegados de los socios colectivos y para negocios determinados; el único caso en que los socios comanditarios intervienen en la designación o remoción de un administrador es en el caso del liquidador (artículo 334 C.Co.) Esta restricción en materia de administración, por parte de los socios comanditarios, resulta explicable en la medida en que el gestor compromete su responsabilidad personal de manera principal y solidaria frente a las obligaciones de la compañía.

Así las cosas, ante la no injerencia de los socios en el nombramiento o separación del administrador resulta improcedente atribuirle facultades para que en ejercicio de la acción social de responsabilidad decida su remoción. (Superintendencia de Sociedades Colombia. Oficio 220-183473, 2019)

Igualmente, la Superintendencia de Sociedades en Resolución del 2005, (Como se citó en Gil, 2017) expresó lo siguiente:

El recurrente pretende que el socio gestor sea considerado como un simple gerente, lo cual por supuesto no corresponde a la esencia de las sociedades comanditarias, ni a la realidad de este tipo de organizaciones, en donde la influencia dominante de los gestores resulta evidente. El gestor además de tener la administración, tiene también la condición de socio con amplias facultades dispositivas y no puede ser removido libremente por los comanditarios, lo cual lo diferencia sustancialmente de los administradores de otras formas societarias.

Lo anterior, desde luego, tiene una aproximación distinta cuando los socios gestores delegan la administración en un tercero, evento en el cual es posible que respecto del tercero, los socios colectivos voten la acción social de responsabilidad y al votarla reasuman la administración de la sociedad...

En definitiva debido a que los socios gestores no pueden ser removidos por decisión de los socios comanditarios, debido a que tienen facultades y potestades conferidas por ley, la acción social de responsabilidad es inviable ante el socio gestor quien no es un simple administrador, dejando así como alternativa para los demás socios acudir a un procedimiento judicial para excluir al socio conforme al artículos 296 y 298 del Código de Comercio aunque también se puede acudir a la justicia ordinaria por las causales establecidas en el artículo 200 del Código de Comercio colombiano o iniciar el procedimiento para llevar a cabo la disolución y liquidación de la sociedad.

Profundizando en la posibilidad de iniciar un procedimiento judicial que tenga como pretensión la exclusión del socio gestor cuando se dan los supuestos de los artículos 296 y 298 del

código de comercio colombiano en cabeza del socio gestor de la sociedad en comandita simple, esto debido a la remisión expresa que ya se mencionó reflejada en el artículo 341 del Código de Comercio.

Se encuentra como ejemplo el laudo arbitral que resuelve la controversia entre Dora Lilia Tamayo Manrique en nombre y representación de sus menores hijos Camilo Alfonso Vargas Tamayo y Andrés David Vargas Tamayo contra David Alfonso Vargas Vargas e Inversiones Vargas Tamayo y Cía. S. en C. donde se pide como una de las pretensiones el relevo del socio gestor:

DÉCIMO QUINTO. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene el relevo inmediato del socio gestor DAVID ALFONSO VARGAS VARGAS de su cargo, en su lugar se nombre en ese mismo cargo a la demandante y representante legal de los menores DORA LILIA TAMAYO, decisión que deberá registrarse en la Cámara de Comercio. (Tribunal de arbitramento, Bogotá DC, 09 de octubre 2009)

En este caso se debe tener en cuenta que los socios comanditarios, son menores de edad y por ello deben hacerlo a través de quienes ejercen la patria potestad.

El poder que en nombre de los dos menores otorgó la señora Dora Lilia Tamayo es válido y plenamente oponible respecto de los dos socios comanditarios. El acto del representante judicial solicitando la exclusión equivale materialmente a la adopción por parte de los dos socios de la misma decisión, por lo que debe entenderse que la solicitud de exclusión proviene de todos los socios legitimados, tomando en consideración además que la procura conferida invistió al apoderado de facultades tan amplias que si no fuera por la referencia al contrato de sociedad y al pacto arbitral, que le facultaron para formular cualquier pretensión con base en ellos, podría tenerse por indeterminado.

Con esta misma lógica, habría que entenderse que la voluntad de los comanditarios se extiende también a la de nombrar un nuevo socio gestor que para el caso que nos ocupa, tal designación recae en su representante judicial. (Tribunal de arbitramento, Bogotá DC, 09 de octubre 2009)

De acuerdo con el incumplimiento de los artículos 296 y 298 del Código de Comercio el tribunal manifiesta que estos se consideran incumplidos, primero el artículo 296 pues se dice que

el socio gestor forma parte e interviene en la administración de una empresa unipersonal que explota el mismo objeto que la sociedad en comandita:

...no se necesita acreditar que haya actuado como administrador precisamente en actos u operaciones que en sí mismos sean explotación de idéntico objeto social: si se interviene en la administración, así sea en otros frentes distintos al que implica explotación del mismo objeto social con la primera sociedad, la incompatibilidad queda configurada. La intervención en el acto de arrendamiento supuso, en este caso, la intervención en un acto de administración llamado a servir, inmediata o a lo menos mediatamente, al desarrollo del objeto de la empresa unipersonal relacionado con la comercialización de vehículos.

De esta forma, el Tribunal dará por cierta la violación del numeral 4 del artículo 296 del C.Co., con base en las consideraciones anteriores. No se probó por parte del convocado que él haya procedido de esa manera con la autorización de los demás socios de Invarta, como le correspondía si quería impedir el efecto de configuración de la causal de exclusión. El convocado o no advirtió suficientemente la importancia que tenía esta carga probatoria, o sencillamente no tenía manera de cumplir con sus exigencias: en cualquier caso, debe soportar en exclusiva las consecuencias de no haberla satisfecho. (Tribunal de arbitramento, Bogotá DC, 09 de octubre 2009)

En cuanto al incumplimiento del artículo 298 del código de comercio se dice que un bien de la sociedad fue dado en pago de una deuda que no era de la sociedad sino del socio gestor, el tribunal lo encuentra probado y determina que:

Disponer de esta manera de un bien social en beneficio propio equivale a retirar bienes de la sociedad, en perjuicio de esta última e, indirectamente, de los socios comanditarios. Se depauperó así la compañía, al sacar del acervo que integra su activo un bien, sin que se haya producido ningún beneficio económico tangible por esa operación, cuyas resultas produjeron sus efectos beneficiosos en patrimonios distintos a los de la persona jurídica. Los hechos del gestor implicaron la extracción del patrimonio de la sociedad del bien inmueble, con el fin de extinguir una deuda que lo vinculaba a él individualmente considerado. La conducta a que se refiere la primera parte el artículo 298 del C.Co. se encuentra entonces plenamente probada. (Tribunal de arbitramento, Bogotá DC, 09 de octubre 2009)

Conforme con esto, después de encontrarse probados los hechos que dan lugar a la exclusión y haber sido presentada como pretensión, esta es concedida, en palabras expresadas por el tribunal:

Respecto de la pretensión décima quinta, advierte el Tribunal que prosperará integralmente, toda vez que el socio gestor y representante legal DAVID ALFONSO VARGAS VARGAS será excluido ya, que como ha quedado demostrado incurrió en las causales establecidas en el numeral 4 del artículo 296, y 298 del Código de Comercio; otro tanto ocurrirá, con la designación de socio gestor y representante legal, al tenor de lo solicitado por los socios comanditarios unánimemente, quienes piden que se designe para tal cargo a la señora DORA LILIA TAMAYO MANRIQUE. Tanto más cuando de no aceptar la petición, la sociedad incurriría en causal de disolución por desaparición de una categoría de socios, conforme con lo establecido en el artículo 333 N° 3 del Código de Comercio. (Tribunal de arbitramento, Bogotá DC, 09 de octubre 2009)

Finalmente corrobora la posición del tribunal en la parte resolutive del laudo excluyendo al socio gestor y designando a la nueva socia gestora.

Debido a que no hay normas expresas en el Código de comercio para determinar la exclusión del socio gestor en una sociedad en comandita simple y se debe acudir a otra fuentes, en este caso a la remisión; se puede decir que la exclusión del socio gestor por pronunciamiento judicial es una buena alternativa teniendo en cuenta que otorga una solución para las sociedades en comandita simple en la cual el socio gestor no se comporta conforme a las disposiciones que lo regulan en este caso los supuestos considerados en los artículos 296 y 298 del Código de Comercio, es importante mencionar que a través del pronunciamiento judicial los supuestos de estos articulados son reconocidos y declarados, ya que al ser la exclusión una consecuencia jurídica de incumplir acciones o ejercer acciones indebidas según la normatividad, genera seguridad que la decisión sea evaluada por autoridad competente e igualmente permite la designación de un nuevo socio gestor.

Vale la pena recalcar que el laudo arbitral citado, decide la exclusión del socio gestor de la sociedad mencionada conforme al incumplimiento de lo dicho en el artículo 296 y 298 del Código de Comercio, las acciones indebidas que ejerce el socio gestor en la ocasión de este laudo están

dentro de los supuestos considerados en estos artículos para hacer efectiva la exclusión, las principales acciones en este caso son:

Del artículo 296, en el laudo destacan que se da el supuesto del numeral 3 ya que el socio gestor forma parte e interviene en la administración de una empresa unipersonal que explota el mismo objeto que la sociedad en comandita.

3) Explotar por cuenta propia o ajena, directamente o por interpuesta persona, la misma clase de negocios en que se ocupe la compañía (Código de Comercio colombiano, 1971, art. 296)

y del artículo 298 se dice que un bien de la sociedad fue dado en pago de una deuda que no era de la sociedad sino del socio gestor lo cual concuerda con lo mencionado en el artículo:

el socio que retire cualquier clase de bienes de la sociedad o que utilice la firma social en negocios ajenos a ella, podrá ser excluido de la compañía, perdiendo en favor de ésta su aporte y debiendo indemnizarla si fuere el caso. (Código de Comercio colombiano, 1971, art. 298)

Por lo tanto la acción social de responsabilidad del artículo 25 de la ley 222 de 1995 no está siendo aplicada en este laudo debido a que para aplicar la responsabilidad de los administradores se requiere simplemente un incumplimiento en los deberes de los administradores o que los administradores hayan causado perjuicios por dolo o culpa a la sociedad, a los socios o a terceros, no necesariamente los supuestos específicos del artículo 296 y 298 del Código de Comercio, igualmente la acción social de responsabilidad corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios, lo cual no es compatible con la sociedad en comandita simple, principalmente porque como lo ha señalado la Superintendencia de Sociedades el socio gestor tiene características diferentes al administrador, es decir no es un simple administrador de la sociedad.

Sin embargo, si se llegara a excluir el socio gestor siendo este el único con dicha calidad, la sociedad entrará en causal de disolución conforme al numeral 3 del artículo 333 del Código de Comercio:

La sociedad en comandita se disolverá:

- 1) Por las causales señaladas en el artículo 218 de este Código;
- 2) Por las causales especiales de la sociedad colectiva, cuando ocurran respecto de los socios gestores, y
- 3) Por desaparición de una de las dos categorías de socios. (Código de Comercio colombiano, 1971, art. 333)

Al respecto en Revista de la Cámara de Comercio de Bogotá se expone lo siguiente:

Luego, ante la falta absoluta del único socio gestor, lo procedente será declarar la disolución de la sociedad e iniciar el trámite liquidatorio o, por el contrario, acordar la forma de enervar la respectiva causal, designando nuevo gestor o transformando la sociedad en otro tipo societario, sin que el ente de registro pueda negar la inscripción de actas, alegando la ineficacia decisoria, por la ausencia del gestor, y menos que tal asunto implica reforma estatutaria. En la actualidad, el artículo 24 de la Ley 1429 de 2010 dispone que los asociados pueden tomar cualquier tipo de decisión que sea pertinente para enervar la causal de disolución, siempre que el acta se registre dentro de los 18 meses siguientes a la fecha de la ocurrencia de la respectiva causal, precepto que deja en claro que no se pueden exigir los requisitos propios de una reforma estatutaria. De manera precisa, la ley ha dispuesto que el fallecimiento del único socio colectivo produce la disolución de la sociedad, mas no el bloqueo o parálisis de la junta o asamblea en la toma de decisiones y, menos, una supuesta ineficacia decisoria, por no poderse emitir su voto. (Gil, 2017, p.40)

Igualmente, se pronuncia frente a la acción social de responsabilidad en las sociedades en Comandita:

Se insiste, en aquellos presupuestos legales de renuncia, retiro o remoción del gestor por virtud de aprobarse en su contra una acción social de responsabilidad, no se aplican los presupuestos atinentes a una reforma estatutaria.

En todo caso, la Sentencia de la Corte Constitucional C-621 de 2003, expresamente dispone, sin distinción alguna con respecto al tipo societario, lo siguiente: “existe el derecho que se cancele la inscripción del nombramiento del representante legal o del revisor fiscal EN TODAS LAS OPORTUNIDADES EN QUE POR CUALQUIER CIRCUNSTANCIA CESAN EN EL EJERCICIO DE SUS CARGOS...”. Por tanto, en caso de renuncia del gestor, la cual es admisible no solo por virtud de la previsto en la Sentencia C-621 de 2003, sino que igualmente se habilita por virtud de la remisión al régimen de la colectiva, y siendo que la renuncia, para producir efectos, no queda sujeta a lo que al respecto decidan sus consocios, así como en el evento en que se apruebe una acción social de responsabilidad contra un gestor, lo que por disposición legal implica la revocación del cargo, mal pueden las entes camerales exigir una reforma estatutaria, para eliminar del registro, al gestor cesante. (Gil, 2017, p.41)

Según su interpretación no tiene asidero que se prohíba la acción social de responsabilidad y se exijan los requisitos de una reforma estatutaria tanto como para revocar del cargo o nombrar a otro administrador en las sociedades en comandita, contrario a la tesis sustentada por la Superintendencia de Sociedades:

Basta mirar el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 para llegar a una conclusión diferente. En primer lugar, se trata de una norma posterior y especial al Código de Comercio, por lo que prevalece sobre el régimen general y especial de la sociedad en comandita, consignado en el Estatuto Mercantil. En segundo término, se trata de un precepto imperativo y de orden público que no puede modificar el intérprete:

Haciendo referencia a este punto, la Superintendencia de Sociedades (Como se citó en Gil, 2017) ha dicho lo siguiente: SIENDO NORMAS DE ORDEN PÚBLICO SE PREGUNTA SI SON O NO DE OBLIGATORIO CUMPLIMIENTO. El ordenamiento jurídico en su totalidad es de obligatorio cumplimiento, distinto es que por ministerio de la ley, los interesados puedan pactar condiciones diferentes a los parámetros señalados en la norma vr. gr. inciso final del artículo 359, del 388, artículo 368. Ahora si de lo que se trata es de señalar que el régimen excepcional antes mencionado no admite regulaciones diferentes mínimas o máximas, debe asentirse en la

proposición, en la medida en que la ley señaló el marco de su funcionamiento sin dar juego a la voluntad privada...

En tercer lugar, el artículo 25, expresa que la decisión se tomará por la mayoría de “partes de interés representadas en la reunión”. Al mencionar expresamente a las partes de interés, sin duda alguna se está refiriendo a las sociedades colectivas, por lo que si la acción social se predica de los socios colectivos, por virtud de la remisión expresa contenida en los artículos 342 y 352 del Código de Comercio, también resulta aplicable en relación a los gestores de las sociedades en comanditas...(Gil, 2017, p.71)

Así el autor da tres argumentos por los cuales la acción de responsabilidad social puede darse en la sociedad en comandita simple, estos pueden resumirse de la siguiente manera, primero, la ley 222 de 1995 modifica el Código de Comercio por ser una ley posterior esta prima sobre la norma anterior general que es el Código de Comercio y la especial de las sociedades en comandita, segundo, es una norma de orden público y por lo tanto es de obligatorio cumplimiento, tercero, el artículo que hace referencia a las acción social de responsabilidad dice que la decisión se toma por la mayoría de “partes de interés representadas en la reunión”, con lo cual hace alusión a las sociedades colectivas y si es aplicable en estas por remisión también a las sociedades en comandita simple.

Además, la Superintendencia de Sociedades (Como se citó en Gil, 2017) ha consignado respecto sobre la facultad para llevar a cabo la acción de responsabilidad lo siguiente: Previendo dicha situación, se consagró expresamente que la convocatoria puede ser realizada directamente por un número de asociados que representen, por lo menos, el veinte por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés en que se encuentra representado el capital de la compañía y la decisión adoptarse con la mitad más una de las representadas. Vía doctrinal se ha dispuesto que la convocatoria en los términos indicados, no requiere pluralidad de asociados, basta que quien o quienes convoquen tengan el veinte por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés social, que se realice de acuerdo con el medio y a la antelación prevista en los estatutos o, en su defecto, en la ley, y que la decisión, si bien exige las mayorías indicadas, no es imperativo que se predique la pluralidad de los asociados que la voten afirmativamente.

Otra cosa diferente acontecerá si además de la acción social de responsabilidad contra el gestor, se designa un nuevo representante legal de la sociedad en comandita para reemplazarlo, y si tal remoción no implica la disolución de la sociedad, efectivamente se debe proceder a aprobar la respectiva reforma estatutaria, naturalmente, sin poder exigir el voto del gestor removido (Gil, 2017, p.72)

En conclusión, existen diferentes tesis en cuanto a la exclusión y normatividad aplicable al socio gestor de las sociedades en comandita simple, aun así, desde todas las tesis hay posibilidades para actuar contra la mala gestión del socio colectivo, como primera medida es recomendable que en los estatutos de la sociedad se pacte de tal forma que haga posible la exclusión del socio gestor para no entrar en contradicciones conforme a las posiciones que se dan en cuanto a la exclusión de este, igualmente es posible iniciar un procedimiento judicial cuando se den las condiciones de los artículos 296 y 298 del Código de Comercio solicitando la exclusión del socio gestor además es posible realizar el respectivo proceso en la Justicia Ordinaria en cuanto a lo dispuesto en el artículo 200 del Código de Comercio como también el proceso para realizar la disolución y liquidación de la sociedad.

Conclusiones

- 1) Las sociedades en comandita tienen como principal antecedente histórico, el contrato de *commenda*, el cual surge en la edad media, hoy en día las sociedades en comandita aún conservan similitudes con el contrato de *commenda* el cual tenía como base la confianza y la responsabilidad limitada del capitalista quien solo tenía responsabilidad hasta el monto del dinero prestado y solo se conocía al negociante, hoy en día el socio gestor es quien tiene una responsabilidad solidaria e ilimitada mientras el socio comanditario tiene responsabilidad limitada hasta el monto de sus aportes.
- 2) Las sociedades constituidas por el tipo societario en comandita simple se han caracterizado por ser modelo ideal para empresas familiares debido a la gran confianza que se debe depositar en los socios gestores, quienes son los encargados de administrar en este tipo de sociedad, también por la responsabilidad solidaria e ilimitada que tienen los socios gestores frente a terceros, mientras los comanditarios tienen una responsabilidad limitada.
- 3) El Código de Comercio colombiano dice que los administradores de la sociedad en comandita son los socios gestores o colectivos, por lo tanto a estos se les aplica el régimen aplicable a los administradores, por otra parte, solo podrán ejercer funciones de administración los socios comanditarios cuando sean delegados y para tareas específicas obrando con poder, manteniendo así su responsabilidad limitada, igualmente, la delegación puede darse a terceros y solo corresponderá esta decisión a los socios colectivos o gestores quienes finalmente son los que tienen responsabilidad solidaria e ilimitada.
- 4) Los socios gestores así realicen aportes de capital con el fin de tener la calidad de comanditarios, su calidad no desaparece ya que conservan las características y facultades otorgadas por ley como socios gestores, manteniendo así su responsabilidad solidaria e ilimitada.

- 5) El régimen de responsabilidad de administradores, el cual es aplicable a los socios gestores, tiene una excepción conforme a la tesis adoptada por la Superintendencia de Sociedades de Colombia, respecto de la acción social de responsabilidad, esta no es compatible con las sociedades en comandita, debido a que los socios gestores no son simples administradores, estos tienen unas características especiales otorgadas por ley que no pueden ser olvidadas.

- 6) Existe la posibilidad de excluir al socio gestor bajo las causales expuestas en los artículos 296 y 298 del código de comercio, esta decisión es tomada por la junta de socios, pero para poder hacerla efectiva se requiere una reforma estatutaria que en el tipo societario en comandita simple será aprobada por la unanimidad de los socios colectivos y por la mayoría de los socios comanditarios por lo que se hace difícil aplicar la exclusión. Sin embargo, para aplicar la exclusión se puede establecer dentro de la sociedad en comandita simple un quorum y mayorías diferentes a las determinadas por la ley para poder realizar la reforma estatutaria o iniciar un procedimiento judicial cuando se den las condiciones de los artículos mencionados con la respectiva pretensión de excluir al socio gestor.

Otra tesis contraria a la de la Superintendencia de Sociedades Colombiana afirma que no aplicar el régimen de responsabilidad de administradores completo a los socios gestores es hacer una distinción que la propia ley 222 de 1995 no hace, de igual manera se argumenta que esta ley es posterior al código de comercio la cual lo modifica, además es de orden público, lo cual lleva a su obligatorio cumplimiento.

- 7) Las sociedades en comandita simple que tienen un solo socio gestor y en las cuales se da la exclusión de este, tienen como consecuencia negativa, entrar en causal de disolución debido a que el Código de Comercio de Colombia contempla en su artículo 333 que la desaparición de alguna de las categorías de socios bien sean gestores o comanditarios tendrá como consecuencia la disolución de la sociedad. Ante esto los socios podrán tomar acciones para revertir esta condición en el plazo estimado sin que se dé efectivamente la disolución de la sociedad.

Referencias

- Aldana, C. (2007) La evolución del derecho comercial ante la unificación del derecho privado: reflexiones desde una Colombia globalizada. *Revista de Derecho Privado*, (38),3-20. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/>
- Bercovitz, A, Barba de vega, J y Bercovitz R. (2013) *Sociedades mercantiles*. Pamplona, España: Aranzadi.
- Congreso de la República de Colombia. (1995, diciembre 20). Ley 222 de 1995 por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Bogotá D. C.: Congreso de la República de Colombia.
- Delvasto, C. A. (2014). El Derecho Societario en Colombia: entre transplantes jurídicos y comisiones redactoras en Tovar, L. F (Ed). (2014) *Aproximaciones a la historia del derecho en Colombia*. Santiago de Cali, Colombia: Sello Editorial Javeriano
- Delvasto, C., Barr, J. V. (2012). The Evolution of Business Law in Colombia: ¿Is it Possible to End Colombia's Legal Dependency?. *Revista de Derecho Privado*, 47, 1-38.
- Gabino, Pinzón. (1989). Sociedades comerciales Tomo II. Tipos o formas de sociedades, *editorial Temis* 57-74.
- Gil, J. H (2017, 06) Decisiones en las sociedades en comandita. *Derecho Registral*. Recuperado de: <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/>
- Giraldo, D. L. (2004). La responsabilidad de los administradores. *Vniversitas*, (108), 225-279.
- Guillen, D. (1863) Examen de las compañías mercantiles, su historia y sus ventajas: Discurso leído en la Universidad Central en el acto de recibir la investidura de Doctor en la Facultad de Jurisprudencia. España, Madrid: Imprenta de José M. Ducazcal.
- Jiménez, F. (2016). Introducción al derecho comercial (1ª ed.). *Legis*. 42-54.
- Neira, L. (2006) Apuntaciones generales al derecho de sociedades. Bogotá, Colombia: Temis.

- Nieto, N. (2010) Antecedentes históricos de la idea de las sociedades comerciales como contratos en Colombia. *Estudios de Derecho*, 67(150), 39-60. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/>
- Pérez, C. L. P. (2016). Responsabilidad de los administradores de la sociedad. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, (98), 35-56.
- Sánchez, I. (2017) *Sociedades mercantiles en Colombia, breve historia, desarrollo y tendencias actuales. una perspectiva desde el derecho comparado* (Tesis de pregrado) Universidad Católica de Colombia, Bogotá DC, Colombia.
- Superintendencia de Sociedades (09 de Octubre de 2019) Sentencia 2019-01-363490 Superintendente Delegado Francisco Hernando Ochoa Lievano.
- Superintendencia de Sociedades (2000) *Oficio 220-22251*. Recuperado de: <https://www.supersociedades.gov.co/>
- Superintendencia de Sociedades (2013) *Guia practica para administradores*. Recuperado de : <https://www.supersociedades.gov.co/>
- Superintendencia de Sociedades (2016) *Oficio 220-194245*. Recuperado de: <https://www.supersociedades.gov.co/>
- Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá (09 de octubre de 2009) Bogotá DC [Enrique Laverde Gutiérrez, presidente—Fabio Silva Torres, árbitro—Aurelio Tobón Mejía, árbitro.]