

**EL CONTROL DE LEGALIDAD EN EL REGISTRO PUBLICO
A CARGO DE LAS CAMARAS DE COMERCIO**

Dr. ENRIQUE GAVIRIA GUTIERREZ
Profesor de Derecho Comercial y Sociedades
en la Facultad de Derecho de la
Universidad Pontificia Bolivariana

I. INEXISTENCIA DEL CONTROL COMO PRINCIPIO GENERAL

Al abordar este tema es necesario comenzar por afirmar que a las Cámaras de Comercio no les ha concedido el legislador, de una manera sistemática y general, la facultad de verificar previamente la legalidad de los documentos de diversa índole sometidos al requisito de la inscripción en el registro público mercantil.

No pueden estas entidades, en consecuencia, examinar la legalidad formal o externa de tales documentos ni mucho menos la conformidad con la ley de los contratos o decisiones que ellos contengan.

Resulta así ineludible aceptar, como regla general, que las Cámaras de Comercio no pueden rechazar la inscripción de un documento so pretexto de que éste no se halla conforme con las pertinentes disposiciones legales.

La certeza de esta afirmación surge de la ausencia de disposiciones legales expresas que conceden a las Cámaras de Comercio, simultáneamente con la función del registro, la atribución de verificar previamente la legalidad de los documentos que han de cumplir con esta exigencia formal.

Pero no se trata, desde luego, de un principio carente de salvedades, ya que, como en su lugar se hará notar, no son pocos ni de escasa importancia los casos en los que, por vía excepcional, las Cámaras deben hacer un examen legal, total o parcial, de los documentos cuya inscripción se les ha solicitado.

La ausencia de este control previo de legalidad, al menos como sistema expreso y de alcance general, no coincide con la opinión de uno de los más notables juristas que colaboraron en la redacción del proyecto que luego se convertiría en el Código de Comercio actualmente vigente; nos referimos al Dr. José Gabino Pinzón, quien en la página 290 del Volumen I de su obra "Derecho Comercial" (Editorial Temis, 1957) expresa que uno de los principios rectores del registro mercantil debería ser el siguiente:

"c) Calificación previa de la validez extrínseca, esto es, de la conformidad de cada acto sujeto a registro con los requisitos de forma exigidos por la ley, para que la inscripción represente, además de esa medida de publicidad que se persigue como finalidad sustancial, una garantía de legalidad formal de los actos inscritos. Con esto puede conseguirse entonces, como se ha previsto en la legislación mejicana en relación con las sociedades comerciales, que los actos debidamente registrados no pueden ser impugnados por defectos de forma, esto es, que el registro produzca una especie de saneamiento de cualquier nulidad proveniente de esa clase de defectos. Más para ello es necesario que el funcionario encargado del registro pueda pronunciarse previamente sobre el cumplimiento de los requisitos de forma que haya previsto la ley para determinados actos o contratos, a fin de que sólo sean inscritos los que se hayan celebrado con sujeción a los mismos, para que hecho el registro sólo puede impugnárselos por vicios de fondo, esto es, por falta de "validez intrínseca."

"Esta calificación previa de la legalidad de los actos sometidos a registro —que tiene su justificación en la necesidad de dar estabilidad a las situaciones jurídicas que se dotan

de un gerente, se cumple siempre, aunque la sociedad no se haya constituido debidamente a la designación del gerente se haya hecho en contravención a la ley o a los estatutos, de suerte que lo mismo se dotan de publicidad los actos extrínsecamente válidos y los que no lo son. Esta deficiencia del sistema del registro ha sido pasada por alto —por lo menos por ahora— por la comisión revisora del código de comercio, que no ha previsto en su proyecto antes mencionado reglas sobre la manera de hacer el registro sino en cuanto a la matrícula del comerciante, respecto de la cual se ha propuesto que “una vez que el expediente esté completo el presidente de la cámara hará bajo su responsabilidad, la inscripción correspondiente en el registro público de comercio con la firma del secretario”.

Pero ni siquiera respecto de la constitución de sociedades comerciales, esto es, de uno de los actos de mayor importancia jurídica o económica en la vida de los negocios, contiene el Código una norma que expresamente atribuya a las Cámaras de Comercio el control previo de legalidad; esto es lo que se desprende claramente del comentario que el Dr. José Ignacio Narváez incluye al pie del artículo 115, en la página 47 de su obra “Régimen Legal de las Sociedades Civiles y Mercantiles” (Editorial Legis), comentario cuyo texto es el siguiente:

“Esta norma era lógica dentro de la idea propuesta en el PROYECTO DEL CODIGO DE COMERCIO presentado a la consideración del Congreso Nacional en el año de 1958, consistente en conferir a las cámaras de comercio una función de control de legalidad en la constitución de sociedades. En efecto, el artículo 329 de dicho proyecto decía: “La cámara de comercio no registrará la escritura de constitución de una sociedad cuando no se hayan cumplido los requisitos exigidos en el artículo 325 (que correspondía al 110 del Código vigente) y los relativos a cada tipo de sociedad. Cuando se niegue la inscripción, la cámara indicará cuáles son las irregularidades cometidas y el modo de subsanarlas, lo mismo que los recursos que procedan contra la decisión”. Esta iniciativa fue explicada en la EXPOSICION DE MOTIVOS del mencionado Proyecto, así: “Hecho debidamente el registro de las escrituras social, no podrá ser impugnado el contrato de sociedad sino por falta de alguno de los requisitos de fondo que han indicado en otro lugar (artículo . . .). Entre otras cosas, porque sólo estos requisitos comprometen la validez misma del contrato de sociedad y porque a la inscripción precede la calificación de la Cámara de Comercio que, como queda dicho, debe abstenerse de inscribir una escritura de constitución de una sociedad si ella no se ha otorgado conforme a la ley y si la sociedad no se forma según las exigencias legales propias de cada tipo de compañía. De manera que cualquier irregularidad distinta de los vicios de fondo propios de todos los contratos queda saneada en virtud de la inscripción” (PROYECTO DE CODIGO DE COMERCIO, Bogotá, 1958, Tomo II, pág. 100). Pero el Senado de la República, cuando aprobó los Libros Primero y Segundo del Proyecto de Código de Comercio descartó la posibilidad de conferir a las cámaras de comercio el control de legalidad de las sociedades, a propuestas del senador Hernando Carrizosa Pardo, ponente del Proyecto, en su VIGESIMO PLIEGO DE MODIFICACIONES, y comentó el precepto antes transcrito en el sentido de que “este sistema de investir a la cámara de comercio de la facultad de juzgar la parte formal del contrato social, supone un alto nivel de cultura jurídica en los miembros de la cámara, cultura jurídica que se supone en virtud de que, según la reglamentación que para estas entidades propone el proyecto (artículo 201), por lo menos uno de los miembros ha de ser abogado titulado. De otra manera, es decir, si todos los miembros de las cámaras pudieran ser comerciantes solamente, parecería excesivo darles esta atribución jurídica, que mal ejercida daría ocasión propicia a graves abusos”. (Véanse ANALES DEL CONGRESO DE

1958). Y ocurrió que el Gobierno Nacional —Legislador de 1971 por virtud de facultades extraordinarias —no acogió el artículo 329 propuesto”.

Podemos así adoptar como conclusión final de estas reflexiones preliminares que, si en algunos casos las Cámaras de Comercio deben verificar, antes de la inscripción, determinados aspectos legales de los actos sujetos a tal exigencia, esto solo ocurre por excepción, es decir, por la existencia de disposiciones particulares que, rompiendo el principio general, confían a dichas Cámaras el análisis legal previo de ciertos documentos y la consiguiente facultad para negar la inscripción de los mismos, cuando dicho análisis resulte desfavorable.

II. CONVENIENCIA DEL CONTROL DE LEGALIDAD EN EL REGISTRO MERCANTIL

La situación que se ha descrito en el aparte anterior, esto es, la ausencia de un sistema general que permita controlar previamente la legalidad de todos los actos sujetos a inscripción, no deja de ser merecedora de críticas que tienen un claro fundamento tanto en la conveniencia práctica como en el análisis de la legislación comparada.

Es bien sabido que la finalidad primordial del registro mercantil consiste simplemente en dotar de una adecuada publicidad los actos sometidos a esta exigencia legal, de modo que, sin tal registro, dichos actos no son oponibles a terceros; así se desprende claramente tanto del numeral 4o. del artículo 29 del Código de Comercio como del artículo 901 del mismo estatuto.

En consecuencia, en Colombia el registro mercantil no es nunca condición de validez del acto y no tiene, por tanto, carácter constitutivo o atributivo de derechos sino, simplemente, naturaleza declarativa, porque su fin es el de servir de medio de publicidad y no el de dar nacimiento a determinados derechos.

Contrasta así, de manera notoria, el registro público del comercio, simple medio de publicidad, con el registro civil de las escrituras públicas de enajenación de bienes raíces o de constitución de derechos reales sobre los mismos, registro éste que, además de servir, obviamente, como instrumento de publicidad, tiene el carácter de requisito legal indispensable para la transferencia del dominio o de cualquier otro derecho real relativo a inmuebles.

Ahora bien, en un registro público constitutivo, como es el civil sobre el movimiento de la propiedad raíz, el ejercicio de un control previo de legalidad resulta absolutamente indispensable, porque no se puede permitir que la inscripción inconsulta de un título deficiente produzca la transferencia del dominio o de algún otro derecho real; de allí que los artículos 24 y 25 del decreto 1250 de 1970 confían a las oficinas civiles de registro de la propiedad inmueble la realización de esta función legal preventiva, estando además ellas plenamente autorizadas, como lógica consecuencia de lo anterior, para negar la inscripción del título cuando éste fuere legalmente inadmisibles, tal como lo ordena el artículo 37 del mismo decreto 1250.

Ciertamente, en un sistema de registro simplemente declarativo o de publicidad, como es el mercantil, resulta de menor trascendencia el ejercicio del control previo de legalidad, pues no es lo mismo reconocer un derecho que publicar un acto.

En otros términos: un registro civil erróneo trae como consecuencia que el derecho de dominio del inmueble se atribuya a quien legalmente no corresponde, por razón de las deficiencias del título; por el contrario una inscripción errónea en el registro mercantil solo tiene el efecto de dar a la publicidad y, por ende, de hacer oponible a terceros el acto legalmente defectuoso.

Con todo, aun cuando el control previo de legalidad no tenga en los registro declarativos la importancia vital que posee en los constitutivos, de todas maneras también en aquellos debería existir, porque, a pesar de que se trata simplemente de difundir el acto, esa publicidad crea una apariencia de legalidad y por lo tanto una situación de potencial peligro para los terceros.

No es pues lógico, en este orden de ideas, que tanto el acto válido como el acto nulo merezcan por igual el beneficio de la publicidad y de la oponibilidad a terceros, ya que cuando así ocurre, aun lo que es nulo recibe una cierta apariencia de validez.

Y lo que se ha dicho de los actos nulos puede ser afirmado con mayor evidencia de los inexistentes o ineficaces, porque nada permite comprender ni justificar que un acto que ni siquiera produce efectos entre las partes, por ser ineficaz o inexistente de pleno derecho, pueda llegar a producirlos respecto de terceros, luego de recibir el beneficio de la inscripción mercantil.

Por ello es por lo que en países de avanzada cultura jurídica como Alemania, Suiza y España, el registro mercantil va unido siempre a la facultad del registrador para controlar previamente la legalidad de los documentos sometidos a este trámite.

Así por ejemplo, en Alemania "el juez encargado del registro no se limita a inscribir los hechos que se le declaran, sino que debe examinar las declaraciones y calificar su admisibilidad, comprobando la exactitud y legalidad de las menciones contenidas en las declaraciones, pudiendo investigar el efecto y obtener para ello el concurso de las Cámaras de Comercio, de suerte que tiene una misión preventiva de control que es de la mayor importancia en materia de sociedades . . .", tal como lo atestigua Felipe De Solá Cañizares en el tomo II, página 108, de su "Tratado de Derecho Comercial Comparado" (Montaner y Simón, 1962).

Según la misma obra, página 122, en Suiza "La Ley reglamenta el procedimiento para efectuar las inscripciones y prescribe que el registrador, antes de proceder a la inscripción, debe comprobar si se han observado las condiciones legales requeridas para tal inscripción, y si se trata de sociedades debe comprobar especialmente que los estatutos no contengan disposiciones contrarias a preceptos legales imperativos y que figuren en los mismos las cláusulas exigidas por la ley, y debe de-

negar las inscripciones que no se ajusten a la verdad o que puedan inducir a error o sean contrarias a un interés público”.

Situación similar describe para España el autor citado (página 125), ya que allí “los registradores no han de aceptar necesariamente todo lo que aparezca en las escrituras, pues es inherente a su facultad calificadora juzgar por lo que resulte de las mismas, de la validez o nulidad de los pactos, contratos, obligaciones en ellas consignados, y aún determinar si la denominación dada en la escritura encubre simulación de algún acto o contrato nulo”.

Habría sido pues deseable, en consideración a las razones expuestas y al buen ejemplo de otros países, que en Colombia existiera, como sistema general de aplicación a todos los casos, la facultad de controlar previamente la legalidad de los diversos actos sujetos al registro mercantil.

III. CASOS EXPRESOS DE CONTROL DE LA LEGALIDAD

Como se ha dicho, solo por excepción pueden las Cámaras ejercer este control de legalidad, en los casos específicos que a continuación se indican:

1. **Artículo 35 del Código de Comercio:** Prohibición de matricular comerciantes o establecimientos cuyo nombre sea igual a otro ya registrado.

2. **Artículo 115 del Código de Comercio:** Verificación de la legalidad formal de las escrituras públicas de constitución de sociedades comerciales.

3. **Artículo 159 del Código de Comercio:** (modificado por el artículo 13 de la ley 44 de 1981): Prohibición de inscribir escrituras de reforma de estatutos de sociedades controladas, sin autorización previa de la Superintendencia.

4. **Artículo 163 inciso 2o. del Código de Comercio:** Prohibición de inscribir la designación o revocación de administradores y de revisores fiscales de sociedades, cuando no se hayan observado las prescripciones de la ley o del contrato.

5. **Artículo 367 del Código de Comercio:** Prohibición de inscribir las escrituras públicas de cesión de cuotas sociales de compañías de responsabilidad limitada, sin certificación de la sociedad acerca del cumplimiento de los artículos 363, 364 y 365 del mismo Código, cuando fuere el caso.

En los numerales que siguen se analizarán cada una de estas situaciones excepcionales, en las que la ley autoriza a las Cámaras de Comercio un cierto ejercicio del control de legalidad.

IV. EL REGISTRO DE NOMBRES IGUALES

Como es bien sabido, el artículo 35 del Código de Comercio prohíbe expresamente a las Cámaras matricular un comerciante o un establecimiento mercantil con el mismo nombre de otro ya matriculado, a menos que el registro del signo

distintivo, que de esta manera se trata de proteger, sea cancelado por orden de la autoridad competente o por voluntaria solicitud de quien hubiere obtenido la matrícula inicial.

La claridad de esta disposición sólo permite formular las siguientes 3 observaciones:

1. Como el artículo 35 habla del "mismo nombre", no podrían las Cámaras de Comercio negar el registro de un nombre que no sea idéntico sino simplemente similar.

2. Como según el artículo 607 del Código de Comercio (que debe ser tomado en cuenta para que la interpretación sea armónica y sistemática), la propiedad sobre los nombres comerciales sólo se extiende al "mismo ramo de negocios", no podrían las Cámaras negar el registro de un nombre, aun idéntico, si éste se pretende utilizar como signo distintivo de comerciantes o establecimientos cuya actividad mercantil fuere diferente de la que se realiza bajo el nombre inicialmente matriculado.

3. No debe perderse de vista, por otra parte, que la propiedad sobre el nombre se adquiere por "creación", esto es, "por el primer uso", tal como expresamente lo dispone el artículo 603 del Código de Comercio; por lo tanto, el registro de un nombre en la Cámara de Comercio no puede equivaler en ningún caso a una prueba indiscutible de la propiedad sobre éste por parte de quien lo registró, ya que es posible que dicho registro sea posterior al primer uso efectuado por una persona diferente, caso en el cual ésta sería su auténtica dueña; de allí que, con toda lógica, el artículo 35 aluda a la posibilidad de una orden judicial de cancelación, la cual podría, en efecto, producirse si el juez competente llega a verificar que, con anterioridad al registro obtenido por una persona, otra había usado y, por ende, adquirido la propiedad sobre el nombre.

V. CONTROL DE LEGALIDAD EXTERNA DE LAS ESCRITURAS DE CONSTITUCION DE SOCIEDADES

Según se vio a raíz de la transcripción del comentario del Dr. José Ignacio Narváez al artículo 115 del Código de Comercio, no existe en este estatuto un control legal expreso sobre las escrituras de constitución de sociedades; sin embargo, aunque parezca paradójico, el propio texto del artículo 115 no deja otro camino que el de admitir la existencia de dicho control, así sea por vía indirecta o implícita.

En efecto, conforme a la disposición citada, las escrituras de constitución solo pueden ser impugnadas por vicios de fondo, o sea, por incapacidad de los contratantes, consentimiento viciado o ilicitud en la causa y en el objeto; de esta suerte, tales escrituras son absolutamente incontrovertibles, con fundamento en la existencia de anomalías diferentes de las de naturaleza sustancial que se acaban de señalar; no sería posible, por tanto, atacar tales instrumentos públicos so pretexto de que no contienen todas las estipulaciones exigidas en el artículo

110 del Código o de que no cumplen los requisitos específicos exigidos para cada tipo de sociedad en particular o de que el propio documento escriturario adolece de alguna de las nulidades formales de que habla el artículo 99 del decreto 960 de 1970.

Pues bien: la indestructibilidad de las escrituras públicas de constitución, por vicios que no sean los de fondo antes señalados, supone y exige necesariamente un análisis legal previo en virtud del cual se haya descartado la existencia de estas anomalías aparentes o formales.

La conclusión contraria sería absurda, ya que implicaría que las Cámaras de Comercio tendrían que registrar a ciegas, mecánicamente, toda escritura de constitución de una sociedad, a sabiendas de que tal registro las haría inexpugnables desde un punto de vista formal y aparente.

En síntesis: la convalidación de cualquier anomalía distinta de los vicios de fondo, que surge como consecuencia del registro de las escrituras de constitución, implica por necesidad lógica y práctica, la realización de una investigación previa de tales anomalías y la negativa de la inscripción si ellas llegan a ser detectadas.

VI. EL CONTROL DE LA LEGALIDAD DE LAS ESCRITURAS DE REFORMA.

Se trata en este caso, al contrario del anterior, de un control muy limitado, externo y mecánico, porque según el artículo 13 de la ley 44 de 1981, que sustituyó el artículo 159 del Código de Comercio, las Cámaras no pueden hacer una evaluación global sobre la legalidad de los actos sociales reformativos, ya que deben circunscribir su actuación a verificar si la sociedad está sometida a control oficial, para exigir, en caso afirmativo, la indispensable autorización previa de la Superintendencia, sin la cual no podrá procederse al registro de la escritura.

VII. EL CONTROL DE LOS NOMBRAMIENTOS Y REVOCACIONES DE LOS ADMINISTRADORES Y REVISORES FISCALES DE SOCIEDADES COMERCIALES

Es este quizás el control de legalidad más completo que, por autorización expresa del inciso 2o. del artículo 163 del Código de Comercio, pueden ejercer las Cámaras, ya que estas entidades están en la obligación de negar el registro cuando la designación o revocación del funcionario no haya cumplido con las pertinentes disposiciones de la ley o de los estatutos.

Obsérvese a este propósito que la norma ordena un control total y que por tanto éste puede y debe ser ejercido tanto si la anomalía es de carácter formal como si es de naturaleza sustancial. De igual manera, procede el control no solo cuando el acto de nombramiento o de revocación sea inexistente o ineficaz de pleno derecho sino también cuando fuere simplemente nulo.

No podría hacerse ninguna de las distinciones que el texto anterior sugiere, por-

que la norma no las autoriza, ya que ella obliga a negar el registro sea cual fuere la naturaleza y alcance de la anomalía que afecte el nombramiento o la remoción.

VIII. EL CONTROL DE LAS ESCRITURAS DE CESION DE CUOTAS DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Se trata en esta oportunidad, a semejanza de lo que sucede con las reformas estatutarias analizadas en otro lugar, de una simple labor de verificación mecánica, porque lo único que el artículo 367 del Código de Comercio autoriza a las Cámaras es verificar la existencia o inexistencia de la certificación de la sociedad mediante la cual se acredite el cumplimiento de las normas sobre adquisición preferencial contenidas en los artículos 363, 364 y 365 del Código de Comercio, cuando fuere el caso.

XI. ALCANCE DEL CONTROL DE LEGALIDAD AUTORIZADO A LAS CAMARAS DE COMERCIO

Analizados los diferentes casos de control de legalidad, conviene estudiar ahora cuál es el alcance exacto de las facultades que a este propósito pueden ejercer las Cámaras de Comercio.

Es un análisis que resulta necesario para aquellos casos en los que a las Cámaras de Comercio compete la realización de un control general o casi general de los actos sometidos a su registro, como sucede, según lo anteriormente visto, con las escrituras de constitución de sociedades y con los actos de nombramiento o de revocación de administradores y revisores fiscales.

Sobre este particular conviene iniciar el tema con la transcripción del siguiente concepto de Confecámaras:

“Si la decisión está afectada de nulidad absoluta . . . , las cámaras no pueden abstenerse de efectuar la inscripción. En primer lugar, porque estas decisiones, a diferencia de las ineficaces, pueden producir efectos en tanto y en cuanto la nulidad no sea declarada por el juez. En segundo lugar, porque si la Cámara se abstiene de inscribir el nombramiento o la revocación sería imposible impugnar la decisión, como quiera que la impugnación solamente puede intentarse dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la inscripción del acuerdo”.

La anterior opinión pareciera tener además el respaldo del Consejo de Estado, cuya sección primera dijo en sentencia de agosto 31 de 1976 lo siguiente, que transcribimos textualmente de la página 56 del Código de Comercio de José Granada (Editorial Legis):

“El término de caducidad de la acción se cuenta desde la fecha de expedición de esos actos (los impugnados) o de su inscripción en el registro mercantil. Por consiguiente, es manifiesto u ostensible que, si para invalidar dichos actos es preciso promover acción jurisdiccional, dentro del término de dos meses siguientes a su registro, ante los jueces ordinarios, los defectos o irregularidades que se les observan en la resolución acusada no pueden servir de fundamento para abstenerse de inscribirlos en el registro

público de comercio: de lo contrario se incurriría en el círculo vicioso consistente en que no podría promover la acción, precisamente porque aún no se ha efectuado el registro, y en que éste no se realice a causa de los mismos defectos, no obstante que su verificación es privativa de la jurisdicción ordinaria o civil. Esto sin perjuicio de que las cámaras de comercio puedan abstenerse de conformidad con la ley, de efectuar la inscripción en el registro mercantil de determinados actos’.

Conforme a las transcripciones hechas, las Cámaras de Comercio no podrían objetar ninguna escritura de constitución de sociedades, lo mismo que ningún acta de nombramiento o de remoción de funcionarios, cuando el fundamento de su reparo sea un vicio de simple nulidad y no de ineficiencia de pleno derecho o de inexistencia.

Dos razones parecen justificar a primera vista la opinión anterior: la primera de ellas consistiría en que, si el fundamento de la objeción reside en un vicio de nulidad, ninguna actuación podrían adelantar legítimamente las Cámaras de Comercio, ya que la negativa del registro por parte de éstas equivaldría a una declaración de nulidad, la cual, como bien se sabe, está reservada exclusivamente a los jueces. La segunda razón se refiere al caso particular de los nombramientos y revocaciones y ella podría expresarse de la siguiente manera: Como la acción de impugnación, por vicios de nulidad, de las decisiones de las Juntas de Socios o Asambleas Generales que se refieren a nombramientos solo puede ser ejercida dentro de los dos meses siguientes a la fecha de su registro mercantil, la negativa a efectuar tal registro la frustraría sin remedio.

De ningún modo compartimos las tesis coincidentes de Confecámaras y del Consejo de Estado y para sustentar nuestra opinión conviene comenzar por desvirtuar de la siguiente manera la segunda de las razones invocadas por estas corporaciones.

En realidad, la decisión de una Cámara de Comercio en el sentido de no registrar, por vicios de nulidad, un acto de nombramiento o de revocación, no frustra de ninguna manera la acción de impugnación, porque ésta puede ser ejercida mientras no transcurran los dos meses siguientes al registro y es obvio que, si no hay registro, dichos 2 meses no pueden transcurrir y por lo tanto no es posible pensar que el plazo haya expirado.

En síntesis: no habiéndose cumplido los dos meses posteriores al registro, ya sea porque está pendiente su transcurso o porque no existe registro alguno, la acción de impugnación será de todas maneras viable.

En cuanto a la segunda objeción parece necesario formular las siguientes afirmaciones:

Cuando una autoridad del orden administrativo ha recibido del legislador el encargo de ejercer una función legal de inspección, vigilancia y control, tiene que estar necesariamente autorizada para impedir la realización de actos ilegales o para

objetarlos y sancionarlos si éstos ya han sido celebrados por las personas o entidades vigiladas.

Esto es lo que sucede, por ejemplo, con la Superintendencia Bancaria o la Superintendencia de Sociedades, cuyo control sobre la constitución y el funcionamiento de las compañías vigiladas les permite formular cuanto reparo fuere necesario, cada que observen anomalías o deficiencias de orden legal.

Naturalmente, la interpretación expuesta suscita de inmediato la objeción de que, si a las autoridades administrativas se les conceden tan amplias autorizaciones de orden legal, ellas estarían, en el fondo, usurpando las funciones de los jueces y magistrados, únicos funcionarios competentes para declarar la nulidad o la simulación de un determinado negocio.

No creemos sin embargo que esta objeción sea válida, porque cuando una autoridad administrativa sanciona por ilegal un determinado acto, en ejercicio de las funciones que la ley le ha concedido, no está declarando su nulidad o su simulación sino simplemente ejerciendo la potestad de control que se le ha confiado; así por ejemplo, cuando la Superintendencia de Sociedades niega un permiso de funcionamiento por juzgar que la escritura de constitución no se ajusta a la ley, no pronuncia una declaración de nulidad de ésta sino que simplemente dicta un acto administrativo que impide la actuación de la compañía.

Si las consideraciones anteriores no fueran ciertas, es decir, si la Superintendencia Bancaria o la Superintendencia de Sociedades o en general cualquiera otra autoridad administrativa encargada de una función de control, tuvieran que guardar forzoso silencio y suprimir cualquier intento de actuación cada vez que se presentara la oportunidad de formular un juicio acerca de la validez o nulidad de determinado acto jurídico, la eficacia de su gestión quedaría reducida al mínimo, por no decir que convertida en una parálisis total.

Estas reflexiones encuentran apoyo en la resolución No. 03024 de julio 12 de 1972, de la Superintendencia de Sociedades, mediante la cual se definió el alcance del artículo 265 del Código de Comercio, cuyo texto faculta al gobierno, como bien se sabe, para comprobar, por conducto de sus respectivos organismos de control, la realidad de las transacciones sobre bienes celebradas entre una sociedad principal y sus subordinadas; dice así la parte pertinente de la mencionada resolución, que transcribimos de la página 72 del Código de Comercio de José Granada:

“ Es clara la atribución que compete a la Superintendencia de acuerdo con el artículo 265 para comprobar la realidad de las transacciones, en las circunstancias previstas, e imponer, consecuentemente, sanciones cuando comprueba la irrealidad o ficción de las mismas. La realidad de una gestión comercial, conlleva el cumplimiento de la ley y la irrealidad, a contrario sensu, su violación; y como ya vimos la institución está revestida de poder legal para reprimir las infracciones.

“ Es este un procedimiento de derecho comercial, distinto en su naturaleza a la declaratoria de simulación, de competencia de la justicia civil ordinaria, en el cual el organismo de control del Gobierno puede obrar para conseguir coercitivamente, que las socie-

dades no realicen actividades que, por su carácter ficticio, puedan perjudicar a sus socios. Otra cosa es la declaratoria de simulación que hace relación a los efectos civiles de la transacción y debe ser declarada por los jueces competentes.

- “ En ningún caso los procedimientos comerciales han de sujetarse, en cuestiones que le son propias por expresa designación de la ley, a que sus análogos civiles o penales, sean fallados por la justicia ordinaria para imponer los correctivos correspondientes. El sentido del artículo 265 del Código de Comercio en lo referente al control acerca de la realidad de las transacciones comerciales, quedaría supeditado, con otro criterio, al fallo que los jueces civiles dieran sobre la simulación, menoscabando en materia grave la naturaleza misma de las funciones de la Superintendencia de Sociedades.
- “ De esta suerte, hemos establecido claramente que a la Superintendencia no le ha interesado, en ningún momento, la declaratoria de simulación ni ha adoptado tal procedimiento, por entender perfectamente que se sale de la órbita de su radio de acción. Pero así como el juez civil al pronunciarse sobre la naturaleza del contrato para declararlo simulado no requiere el concepto de la Superintendencia para determinar el carácter de la transacción comercial, tampoco la Superintendencia necesita la declaratoria de simulación para determinar que un hecho comercial es irreal o ficticio. Una cosa es la naturaleza del contrato de compraventa en el cual se discute la simulación y otra, muy distinta, la figura del artículo 265 en donde se hace relación al hecho objetivo a que se refiere directamente la norma.
- “ En la simulación se entra a demostrar que el acuerdo de voluntades inicial, indispensable a la existencia del contrato, no estuvo nunca dirigido a la realización de la operación que aparentemente tiene vida; en tanto que en la figura de la norma comercial, basta probar que la transacción, es decir, el trato o negocio como hecho objetivo, no ha tenido lugar jamás; o de otra manera, para hacer un símil con la figura anterior, que nunca reunió los elementos que lo presentaron, objetivamente, como una realidad”.

Pero no es solamente la Superintendencia la que propicia esta tesis, por que ella ha sido también sustentada por el Consejo de Estado en sentencia de Abril 28 de 1977, de la cual fue magistrado ponente Carlos Galindo Pinilla, cuyo extracto tomamos de las páginas 899 y 900 del tomo III del Diccionario Jurídico de María Elena Giraldo Gómez y Nubia González Cerón:

“La Superintendencia de Sociedades al ejercer el control de la legalidad de las actividades de las sociedades sometidas a su inspección y vigilancia no está constreñida, ni limitada a un simple examen de tipo puramente formal, pues en muchas ocasiones será preciso determinar con exactitud cuál puede ser la auténtica realidad de los hechos para determinar si en la formación y funcionamiento de la entidad vigilada se ajustó a las leyes y decretos y cumplió normalmente sus propios estatutos. A este respecto la Sala expresó, en sentencia de 11 de septiembre de 1974, lo siguiente: “A la Superintendencia de Sociedades le incumbe, entre otras funciones, velar porque la formación de las sociedades sometidas a su inspección y vigilancia se ajusten a la ley.

“Para este efecto se le faculta para otorgar el permiso de funcionamiento (Artículo 268 del Código de Comercio). Pero si la Superintendencia de Sociedades advierte que los estatutos de la sociedad no se conforman con la ley, debe negar el permiso (Artículo 270); la conformidad apuntada no puede tener un alcance simplemente formal, externo o aparente, debe ser, además, real, intrínseca y material. “Fraus omnia co-

rumplit'' es un principio general de derecho que inspira todo nuestro ordenamiento positivo y como tal, debe tener la más amplia y cumplida aplicación en todas las ramas del derecho (Artículo 3o., Ley 153 de 1887). Si la Superintendencia, mediante las pruebas que se examinan y que no fueron infirmadas en este proceso, estableció que la sociedad apenas era una apariencia de tal, pues la simple adecuación formal de la ley no correspondía con la sustancial de un acuerdo para realizar una empresa común de beneficios recíprocos, procedió legalmente negándole el permiso de funcionamiento, con lo cual hizo uso adecuado de una función de tipo preventivo que le asigna la ley y que no puede entenderse limitada a una simple verificación de legalidad formal'' (Expediente 2058, Ponente: Dr. Carlos Galindo Pinilla). El Artículo 272 del Código de Comercio al precisar el objeto de las visitas que puede practicar la Superintendencia contempla la posibilidad de verificar si son reales los activos sociales y si es efectiva y adecuada su protección; si el reparto de utilidades y su pago en los términos del contrato corresponden a la realidad y si las pérdidas contabilizadas fueron efectivas, etc., todo ello en orden a deducir las consecuencias administrativas consagradas en la ley en el caso de establecerse la concurrencia de los presupuestos de hecho que en ella misma se señalen. Tales consecuencias o efectos deberá deducirlos el organismo de inspección y vigilancia, mediante una resolución motivada en la cual se impartan las instrucciones u órdenes del caso a la sociedad o a los administradores (Artículo 273) o se impongan las sanciones a que haya lugar, todo lo cual implica necesariamente una calificación jurídica de los hechos. Naturalmente esa verificación de hechos atinentes a la formación y funcionamiento de las sociedades y la calificación jurídica que de ellos se haga, no podrá tener otros efectos diferentes de los ya expresados, y que la ley tiene previstos en orden a la eficacia de la función de inspección y vigilancia, que es una atribución de tipo preventivo y de alcance puramente administrativo; por lo mismo el ejercicio de esa atribución ha de entenderse sin perjuicio y sin mengua de la función jurisdiccional instituida para dirimir las controversias entre los particulares. En uno y otro caso se trata de funciones separadas y diferentes, tanto por la órbita que les es propia a cada una como por los efectos que puedan deducirse en el ejercicio de cada una de ellas. Por consiguiente, si la Superintendencia verifica que la contabilización de una determinada operación no corresponde a la realidad de sus antecedentes contables podrá, inclusive, hasta imponer las sanciones que la ley prevé, pero la calificación que allí se haga no puede equipararse por ningún concepto a una declaración de simulación reservada exclusivamente a los jueces, pues solo a ellos conciernen pronunciamientos como ese, que inciden sobre la validez del acto o contrato y que por lo tanto, producen unos efectos jurídicos entre las partes y aún en relación con terceros. En estas condiciones, la Sala estima que cuando quiera que se trate del examen de operaciones o negocios que afecten los activos sociales, la Superintendencia está habilitada por la ley para examinar la realidad de esas operaciones y para deducir de ese examen los efectos administrativos previstos en la ley que regula la inspección y vigilancia de las sociedades comerciales. Obviamente, la calificación jurídica que realice la Administración sobre esos hechos no puede tener otro alcance distinto al de hacer efectivo el control legal; por consiguiente, no podría pretenderse que esas decisiones tengan efectos en relación con terceros, ni que ellas impliquen una subrogación de la competencia del Organo Jurisdiccional, pero tampoco que la decisión administrativa para los fines ya mencionados no pudiera producirse sin una previa declaración judicial sobre simulación''.

Las precedentes argumentaciones son útiles para concluir que las Cámaras de Comercio, cuando ejercen el control de legalidad sobre las escrituras de constitución de sociedades o sobre los actos de nombramiento de sus funcionarios, no deben limitarse a objetar aquellas y éstas cuando el vicio que observen sea el de

la ineficacia o el de la inexistencia, puesto que también están autorizadas para negar la correspondiente inscripción si se trata de una irregularidad sancionada en la ley con nulidad absoluta o relativa.

Repetimos que, cuando así lleguen a proceder las Cámaras, no estarán ellas efectuando, según la doctrina y la jurisprudencia citadas, un pronunciamiento de nulidad, con todos los efectos civiles propios de éste, sino simplemente impidiendo el registro mercantil del documento que consideran anómalo.

Bastaría afirmar finalmente, como confirmación de todo lo anterior, que tanto el Artículo 115 como el 163 del Código de Comercio, establecen un control de legalidad que no permite ni autoriza, según sus respectivos textos, ninguna distinción como la que se ha pretendido hacer en el sentido de que tal control será posible en los casos de inexistencia e ineficacia pero no en los de nulidad.

X. CASOS NO EXPRESOS DE CONTROL DE LEGALIDAD

Ciertamente, si un determinado acto jurídico no es ni ineficaz ni inexistente sino simplemente nulo, las Cámaras de Comercio solo podrán impedir su registro cuando expresamente haya sido autorizadas por la ley para tal efecto, como sucede en los casos repetidamente analizados de las escrituras de constitución de sociedades y de los actos de nombramiento de administradores y de revisores fiscales.

Pero si la anomalía del acto cuyo registro se solicita es de tan especial gravedad que su sanción, de acuerdo con la ley, no es la simple nulidad sino la inexistencia o la ineficacia de pleno derecho, las Cámaras de Comercio si podrán negar la inscripción, aun cuando no exista disposición expresa y específica que así las autorice, por las siguientes dos razones fundamentales:

1. La formalidad del registro solo puede tener por objeto un acto que exista; obviamente, aquello que carezca de existencia no puede ser inscrito, por sustracción de materia.
2. De similar manera, si el acto, aunque existente, es ineficaz de pleno derecho, su registro sería un absurdo jurídico, porque no se puede pretender que produzca efectos respecto de terceros cuando ni siquiera los tiene entre las partes que lo han celebrado.

XI. CASOS ESPECIFICOS DE CONTROL DE LEGALIDAD CON FUNDAMENTO EN LA INEFICACIA

Basados en las anteriores consideraciones generales, podemos afirmar que las Cámaras de Comercio están legalmente habilitadas para negar el registro en los siguientes casos particulares:

1. Si en las escrituras públicas de constitución o de reforma de sociedades, la cláusula del objeto social se extiende a actividades indeterminadas, pues tal ano-

malía está sancionada con la ineficacia por el numeral 4o. del artículo 110 del Código de Comercio.

2. Si en una escritura pública de reforma de los estatutos de una sociedad se paga el aumento del capital con el simple reavalúo de sus activos, pues esta operación está igualmente castigada con la ineficacia por el artículo 122 del Código de Comercio.

3. Si en una reunión de junta de socios o asamblea general de accionistas, en las cuales se hayan efectuado nombramientos sujetos a inscripción o aprobado reformas estatutarias, se observa que la sesión no tuvo lugar dentro del domicilio social o no fue debidamente convocada o no logró el quórum mínimo para deliberar, pues para estas tres deficiencias específicas, el artículo 190 del Código de Comercio consagra igualmente la ineficacia.

4. Si, tratándose de sociedades anónimas, las reuniones en las que se hayan aprobado nombramientos o reformas estatutarias, violan las reglas prescritas en los artículos 419 a 432 del Código de Comercio, ya que el 433 del mismo estatuto sanciona con la ineficacia tal violación.

5. Si en las escrituras públicas de constitución o de reforma de sociedades se establece la inamovilidad de los administradores o se limitan las responsabilidades propias de éstos, puesto que para tales situaciones específicas también está consagrada la sanción de la ineficacia en el inciso 3o. del artículo 198 y en el inciso 2o. del artículo 200 del Código de Comercio.

6. Si la decisión objeto de registro ha sido adoptada, en las sociedades anónimas que no sean de familia, por una mayoría conformada por personas ligadas entre sí por matrimonio o por parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, ya que el inciso 2o. del artículo 435 castiga con la ineficacia tal acto.

7. Si en los estatutos iniciales o en la reforma a los mismos de una sociedad mercantil de hecho, se pretende limitar de alguna manera la responsabilidad personal de los socios, ya que también en este caso la sanción pertinente es la de la ineficacia, según el artículo 501 del Código de Comercio.

Estas posibilidades de negar el registro con fundamento en la ineficacia del acto para el cual se solicita son especialmente útiles tratándose de escrituras de reforma de estatutos sociales, porque de esta manera las Cámaras de Comercio pueden salir del estrecho molde al que en principio las somete el artículo 13 de la ley 44 de 1981, que solo permite la negativa del registro, tratándose de compañías controladas, cuando falte la pertinente autorización administrativa.

XII. CASOS CONCRETOS DE CONTROL DE LEGALIDAD CON FUNDAMENTO EN LA INEXISTENCIA

Pensamos igualmente que las Cámaras pueden abstenerse de aceptar el registro

solicitado, aún faltando autorización legal expresa y específica, cuando en el acto se observa alguna de las causales de inexistencia previstas en el artículo 898 del Código de Comercio, esto es, cuando respecto del mismo se hayan omitido las solemnidades sustanciales exigidas por la ley para su formación o alguno de los elementos que son de su esencia.

Así por ejemplo, no podría registrarse una escritura pública de constitución de una sociedad en la que faltara por completo el aporte de alguno o algunos de los socios o en cuyos estatutos se hubiese privado totalmente a uno o más asociados del derecho a participar en las utilidades,

Como puede verse por todo lo que precede, el problema del control de legalidad en el registro público del comercio está lejos de ser sencillo, porque las pocas disposiciones que de alguna manera lo permiten no tienen siempre la claridad necesaria y porque, además, para precisar el verdadero alcance de aquella función preventiva, es necesario comprender con toda exactitud al concepto y los efectos de la nulidad, la inexistencia y la ineficacia.

Confiamos en que las anteriores reflexiones contribuyan en alguna medida al esclarecimiento de esta compleja cuestión.

Medellín, octubre 26 de 1983

ENRIQUE GAVIRIA GUTIERREZ