



OFICIO 220- 205705 DEL 12 DE SEPTIEMBRE DE 2022

ASUNTO: CAUSAL DE DISOLUCIÓN POR EL NO CUMPLIMIENTO DE LA HIPÓTESIS DE NEGOCIO EN MARCHA

Me refiero a su escrito remitido a la Superintendencia de Sociedades por la Contaduría General de la Nación y radicado en esta Entidad con el número 2022-01-584593, mediante la cual formula una serie de consultas relacionadas con los criterios para establecer deterioros patrimoniales relacionados con la hipótesis de negocio en marcha, así como el ámbito de aplicación del régimen de insolvencia de la Ley 1116 de 2006.

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

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

Con el alcance indicado, este Despacho procede a responder su consulta desde una perspectiva general y abstracta:

1. “¿Los indicadores que contempla la Ley 854 de 2021 para establecer deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia son aplicables a las Empresas sociales del Estado (ESE), Empresas Industriales y Comerciales del Estado (E.I.C.E.) y Establecimientos Públicos del Departamento del Valle del Cauca o excluye a estos últimos?”

En primer lugar, es preciso señalar que la Ley 2069 de 2020, introdujo en el ordenamiento jurídico la causal de disolución por el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha aplicable a las sociedades comerciales, conforme a lo previsto en su artículo 4, el cual establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 4. CAUSAL DE DISOLUCIÓN POR NO CUMPLIMIENTO DE LA HIPÓTESIS DE NEGOCIO EN MARCHA. Constituirá causal de disolución de una



sociedad comercial el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha al cierre del ejercicio, de conformidad con lo establecido en la normatividad vigente.

Cuando se pueda verificar razonablemente su acaecimiento, los administradores sociales se abstendrán de iniciar nuevas operaciones, distintas a las del giro ordinario de los negocios, y convocarán inmediatamente a la asamblea general de accionistas o a la junta de socios para informar completa y documentadamente dicha situación, con el fin de que el máximo órgano social adopte las decisiones pertinentes respecto a la continuidad o la disolución y liquidación de la sociedad, so pena de responder solidariamente por los perjuicios que causen a los asociados o a terceros por el incumplimiento de este deber.

Sin perjuicio de lo anterior, los administradores sociales deberán convocar al máximo órgano social de manera inmediata, cuando del análisis de los estados financieros y las proyecciones de la empresa se puedan establecer deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia, so pena de responder solidariamente por los perjuicios que causen a los asociados o a terceros por el incumplimiento de este deber. El Gobierno nacional podrá establecer en el reglamento las razones financieras o criterios para el efecto.

PARÁGRAFO PRIMERO. Las menciones realizadas en cualquier norma relativas a la causal de disolución por pérdidas se entenderán referidas a la presente causal. Las obligaciones establecidas en la presente norma serán igualmente exigibles a las sucursales de sociedad extranjera.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Deróguese el numeral 7 del artículo 34 la Ley 1258 de 2008, así como los artículos 342, 351, 370, 458, 459, 490, el numeral 2 del artículo 457 del Decreto 410 de 1971.”

A partir de la norma transcrita, se observa que su inciso tercero estableció la obligación que tienen los administradores de convocar al máximo órgano social de manera inmediata, cuando del análisis de los estados financieros y las proyecciones de la sociedad se puedan establecer deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia. Del mismo modo, el referido inciso facultó al Gobierno nacional para reglamentar las razones financieras o criterios para identificar posibles deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia.

En virtud de la referida potestad y para reglamentar el tema, el Gobierno nacional expidió el Decreto 854 de 2021 modificado por el Decreto 1378 de 2021. Se aclara entonces que la norma objeto de su consulta no es una ley si no un decreto.

Ahora bien, con el fin de determinar si los indicadores contemplados en el Decreto 1378 de 2021, así como la causal disolución por el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha les son aplicables tanto a las Empresas Sociales del Estado, a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, así como a los Establecimientos Públicos, es necesario identificar la naturaleza jurídica de cada uno de estos.



Partimos de la base de que el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 establece lo siguiente:

“ARTICULO 38. INTEGRACION DE LA RAMA EJECUTIVA DEL PODER PUBLICO EN EL ORDEN NACIONAL. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

- a) La Presidencia de la República;
- b) La Vicepresidencia de la República;
- c) Los Consejos Superiores de la administración;
- d) Los ministerios y departamentos administrativos;
- e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

2. Del Sector descentralizado por servicios:

- a) Los establecimientos públicos;
- b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
- d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
- e) Los institutos científicos y tecnológicos;
- f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;
- g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

PARAGRAFO 1o. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado. (...)

Por su parte, artículo 52 de la Ley 489 de 1998 dispone lo siguiente:

“ARTICULO 52. DE LA SUPRESION, DISOLUCION Y LIQUIDACION DE ENTIDADES U ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS NACIONALES. El Presidente de la República podrá suprimir o disponer la disolución y la consiguiente liquidación de entidades y organismos administrativos del orden nacional previstos en el artículo 38 de la presente ley cuando:

1. Los objetivos señalados al organismo o entidad en el acto de creación hayan perdido su razón de ser.
2. Los objetivos y funciones a cargo de la entidad sean transferidos a otros organismos nacionales o a las entidades del orden territorial.



3. Las evaluaciones de la gestión administrativa, efectuadas por el Gobierno Nacional, aconsejen su supresión o la transferencia de funciones a otra entidad.
4. Así se concluya por la utilización de los indicadores de gestión y de eficiencia que emplean los organismos de control y los resultados por ellos obtenidos cada año, luego de realizar el examen de eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad o el examen de los resultados para establecer en qué medida se logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración en un período determinado.
5. Exista duplicidad de objetivos y/o de funciones esenciales con otra u otras entidades.
6. Siempre que como consecuencia de la descentralización de un servicio la entidad pierda la respectiva competencia.

PARAGRAFO 1o. El acto que ordene la supresión, disolución y liquidación, dispondrá sobre la subrogación de obligaciones y derechos de los organismos o entidades suprimidas o disueltas, la titularidad y destinación de bienes o rentas, los ajustes presupuestales necesarios, el régimen aplicable a la liquidación y, de conformidad con las normas que rigen la materia, la situación de los servidores públicos.

PARAGRAFO 2o. Tratándose de entidades sometidas al régimen societario, la liquidación se registrará por las normas del Código de Comercio en cuanto fueren compatibles con la naturaleza de la entidad cuya liquidación se realiza.”

A su vez, el artículo 76 de la Ley 489 de 1998, dispone lo siguiente respecto de los Establecimientos Públicos:

“ARTICULO 70. ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. Los establecimientos públicos son organismos encargados principalmente de atender funciones administrativas y de prestar servicios públicos conforme a las reglas del Derecho Público, que reúnen las siguientes características:

- a) Personería jurídica;
- b) Autonomía administrativa y financiera;
- c) Patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes, el producto de impuestos, rentas contractuales, ingresos propios, tasas o contribuciones de destinación especial, en los casos autorizados por la Constitución y en las disposiciones legales pertinentes.”

Del mismo modo, el artículo 83 de la Ley 489 de 1998, define a las Empresas Sociales del Estado en los siguientes términos:



“ARTÍCULO 83. EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. Las empresas sociales del Estado, creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, la Ley 344 de 1996 y en la presente ley en los aspectos no regulados por dichas leyes y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen.”

Finalmente, con relación a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, el artículo 85 de la misma ley establece:

“ARTICULO 85. EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO. Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:

- a) Personería jurídica;
- b) Autonomía administrativa y financiera;
- c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución.

El capital de las empresas industriales y comerciales del Estado podrá estar representado en cuotas o acciones de igual valor nominal.

A las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta se les aplicará en lo pertinente los artículos 19, numerales 2o., 4o., 5o., 6o., 12, 13, 17, 27, numerales 2o., 3o., 4o., 5o., y 7o., y 183 de la Ley 142 de 1994.

PARAGRAFO. Las disposiciones legales que protegen el secreto industrial y la información comercial se aplicarán a aquellos secretos e informaciones de esa naturaleza que desarrollen y posean las empresas industriales y comerciales del Estado.”

Con base en las normas señaladas, es posible concluir que, en principio, a partir de la naturaleza jurídica de las Empresas Sociales del Estado, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y los Establecimientos Públicos, no les es aplicable la casual de disolución por el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha, ni las alertas y criterios sobre deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia establecidos en el Decreto 854 de 2021 modificado por el Decreto 1378 de 2021.

“2. ¿La Ley 854 de 2021 reemplaza lo señalado en el artículo 3 de la Ley 1116 de 2006 en lo que respecta a la exclusión del Régimen de insolvencia de las entidades de derecho público, entidades territoriales y descentralizadas?”



El Decreto 854 de 2021 modificado por el Decreto 1378 de 2021 determinó las alertas y criterios sobre deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia, en desarrollo de lo establecido en el artículo 4 de la Ley 2069 de 2020.

Sin perjuicio de que un decreto reglamentario no puede modificar una ley, se pone de presente que el Decreto 854 de 2021 modificado por el Decreto 1378 de 2021 en ningún punto modifica o se refiere a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1116 de 2006, norma esta última que se encuentra vigente y que indica que no están sujetas al régimen de insolvencia, entre otras, las sociedades de capital público, las empresas industriales y comerciales del Estado nacionales y de cualquier nivel territorial, las entidades de derecho público, las entidades territoriales y descentralizadas y las empresas de servicios públicos domiciliarios.

De conformidad con lo expuesto, se responde de manera cabal la consulta, teniendo como base fundamental los conceptos reiterados en cada ítem particular, no sin antes reiterar que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 y que en la Página WEB de ésta entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia, la Circular Básica Jurídica y la herramienta tecnológica Tesauro donde podrá encontrar, entre otros, los conceptos, análisis jurídicos y sentencias en temas mercantiles que colocó la Entidad a disposición del público en general.