OFICIO 220-001672 DEL 08 DE ENERO DE 2014

REFERENCIA: HONORARIOS DEL REPRESENTANTE LEGAL – 2013-01-522100-

Me refiero a su escrito radicado en la Cámara de Comercio de Santa Marta remitido por competencia a esta Entidad, documento a través del cual consulta:

“(…) Necesito información sobre el código de comercio, conocimientos sobre un gerente de una sociedad que puedo hacer y que no debo hacer y yo como parte de una sociedad que derechos y deberes tengo en ella (…)”

Como punto de partida es pertinente señalar que 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. (Artículo 22 de la Ley 222 de 1995); en tal calidad están sujetos a los principios de actuación previstos en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, el cual obliga a los administradores obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios.

I. 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.

II. 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.

III. 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.

- Deberes específicos de los administradores El artículo 23 de la Ley 222 de 1995, determina los deberes que han de cumplir los administradores en el ejercicio de su gestión:

1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social. Actuar en caso contrario desborda el marco legal.

2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias. A manera de ejemplo se señala el cumplimiento de los requisitos de ley en las reuniones del máximo órgano social en materia de quórum y convocatorias.

Para el efecto, debe revisarse los estatutos, la ley y debe consultarse la “Guía Práctica para la realización de asambleas y juntas de socios” en la página web de la Superintendencia de Sociedades, en el link RSE y Gobierno Corporativo, “Cartillas”. De esta manera las empresas previenen riesgos en las reuniones de la junta de socios o asamblea de accionistas.

3. Permitir la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal. Consultar Circular Externa 115-00011 del 21 de octubre de 2008 expedida por la Superintendencia de Sociedades, que constituye el marco integral que sobre la materia debe ser observado por los entes sujetos a supervisión y sus revisores fiscales.

4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.

5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada. En relación con este tema tener en cuenta el artículo 27 de la Ley 190 de 1995 “Estatuto Anticorrupción” que penaliza esta conducta.

6. Dar un trato equitativo a todos los socios y reconocimiento a sus derechos. Sin perjuicio de los demás derechos consagrados en los estatutos sociales y en la ley, el administrador debe tener en cuenta en particular, los siguientes:

6.1. Ser convocados a las reuniones del máximo órgano social, en los términos señalados en los estatutos o en la ley, que regulan la convocatoria y desarrollo de reuniones de dicho órgano. Observar lo reglado en el artículo 190 del Código de Comercio en relación con las consecuencias de su incumplimiento.

6.2. Examinar directamente o a través de un delegado los libros y comprobantes de la sociedad, en las oportunidades establecidas en la ley, garantizando a los socios o accionistas el ejercicio debido y oportuno del derecho de inspección. Es recomendable como buena práctica, que se destine un lugar apropiado en las instalaciones de la empresa, a efectos de dar una oportuna atención a los socios o accionistas.

7. Abstenerse de realizar actividades que impliquen competencia o conflicto de intereses. Al efecto debe tenerse en cuenta que el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 fue reglamentado parcialmente por el Decreto 1925 de 2009, en cuanto a las actuaciones de los administradores que generen conflicto de interés, Guía Práctica para Administradores 11 actos de competencia, o que causen perjuicio a la sociedad. En efecto, determina lo siguiente:

- Límites a las atribuciones de un administrador

1. Las atribuciones van hasta el límite señalado en los estatutos sociales, el cual está circunscrito en principio al desarrollo del objeto social. A falta de estipulación, podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro éste, conforme al régimen de cada tipo de sociedad (artículos 99 y 196 del Código de Comercio).
2. Para la ejecución de ciertas operaciones, los estatutos pueden contemplar el requisito de ser aprobado por un órgano superior, por ejemplo la junta directiva, en caso de tenerla. La Junta Directiva, legalmente tiene atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o Superintendencia de Sociedades 14 celebre cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y para tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines. (Art. 438 del C. de Co). Sin embargo este órgano se encuentra igualmente sujeto a las limitaciones que fijen los estatutos. Debe precisarse que la junta directiva debe actuar como cuerpo colegiado en la toma de decisiones.
3. Los administradores deben tener en cuenta las limitaciones que señala el Decreto 1925 de 2009, en relación con actuaciones que generen conflicto de interés o competencia, y que se transcribieron en el acápite precedente.

- Prohibiciones de los administradores

En relación con las prohibiciones de los administradores, se debe consultar lo que sobre el particular está consagrado en la mencionada circular de administradores.

Adicionalmente, en relación con los administradores de las sociedades por acciones simplificadas SAS, el artículo 38 de la Ley 1258 de 2008 suprimió entre otras, las restricciones, prohibiciones y autorizaciones previas que regula el Código de Comercio respecto de los administradores de las demás estructuras jurídicas Guía Práctica para Administradores 15 societarias, tales como la contenida en el artículo 185 del Código de Comercio sobre la imposibilidad de los administradores de votar los balances y cuentas de fin de ejercicio o representar acciones ajenas, o sustituir los poderes que les fueron conferidos; del artículo 202 ibídem, para pertenecer máximo a cinco juntas directivas; y el 404 del mismo código, relacionado con la imposibilidad de negociar acciones de la sociedad sin autorización previa.

En consideración a que el objeto social puede ser indeterminado, también lo será en ese evento, la capacidad de la sociedad y el ámbito de las facultades de los administradores, que como se señaló, es ajena a las restricciones y prohibiciones determinadas para los administradores de los tipos societarios regulados por el Código de Comercio, salvo que el objeto social sea determinado, en cuyo caso, aplicarán las reglas de la legislación mercantil (arts. 99, 196 del C.Co.)

- Responsabilidad de los administradores

De acuerdo con lo establecido en el artículo 200 del Código de Comercio modificado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995:

1. Los administradores responden solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros, salvo que no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión, o hayan votado en contra, y exista evidencia probatoria de tal hecho, y siempre y cuando no la ejecuten.

Superintendencia de Sociedades 16 2. La responsabilidad del administrador se presume, cuando incumple sus funciones, se extralimita en el ejercicio de ellas, e igualmente cuando infringe la ley o los estatutos.

2. También se presumirá la responsabilidad, cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades sin que estas estén justificadas por balances reales y fidedignos, casos en los cuales responderán por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar.

3. En el evento en que el administrador de la sociedad sea una persona jurídica, la responsabilidad recaerá sobre ella y sobre quien actúe como representante legal de la misma.

4. Las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades antes mencionadas, o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos, se tendrán por no escritas.

5. Además de las reglas generales sobre responsabilidad consagradas para administradores (art. 200 C. Co.) y liquidadores de la liquidación voluntaria (art. 222 C. Co. y art. 45 Ley 222/95), se deben tener en cuenta que existen otras disposiciones legales en el régimen mercantil que regulan la responsabilidad de éstos. A manera de ejemplo se cita la consagrada en el inciso 2 del artículo 42 de la Ley 222 de 1995, donde se señala que los administradores responden por los perjuicios que se causen a la sociedad, los asociados y a terceros, por la no preparación o difusión de los estados financieros, responsabilidad que se predica igualmente del revisor fiscal. De igual manera, cuando la sociedad anónima se forma, se inscribe o se anuncia sin especificar que tiene esta calidad o sin la sigla "S. A.", los administradores responderán solidariamente de las operaciones sociales que se celebren (art. 373 C. Co.).

En los anteriores términos ha sido resuelta su consulta, no sin antes manifestarle que la misma fue tramitada dentro del plazo legal y con los efectos contemplados en el artículo 28 del Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo