

220-57266

Asunto: Artículos 185 y 435 del Código de Comercio

Me refiero a su comunicación radicada en esta entidad con el número 364.486-0, por medio de la cual informa sobre una situación que se viene presentando en una sociedad anónima y formula la siguiente consulta:

"1. En una Sociedad Anónima, cuya composición accionaria se encuentra repartida en cinco (5) socios de los cuales cuatro(4) de ellos detentan el noventa por ciento(90%, del total de las acciones, pero las mismas personas ocupan cargos de administradores, vale decir uno (1) es el Representante Legal, quien estatutariamente puede también ser miembro de la Junta Directiva y los tres (3) restantes forman parte de esta corporación.

2. Teniendo en cuenta lo establecido en el artículo ciento ochenta y cinco (185) del Código de Comercio, los administradores y empleados de la sociedad "NO PUEDEN VOTAR LOS BALANCES Y CUENTAS DE FIN DE EJERCICIO NI LAS DE LIQUIDACION"

3. Para el caso que nos ocupa, nos encontraríamos ante la situación que una sola persona, estaría legalmente facultada para votar estos balances, cuentas de fin de ejercicio y las de liquidación, teniendo solamente el diez por ciento (10%) de la participación accionaria, contraviniendo en un todo el principio de las sociedades anónimas, en cuanto a que las decisiones se deben adoptar por la mayoría de los socios.

4. En la misma situación nos encontramos ante lo preceptuado en el artículo cuatrocientos treinta y cinco (435) del Código de Comercio, por cuanto la mayoría de los miembros integrantes de la Junta Directiva, está conformada por personas ligadas a través del parentesco.

5. Teniendo en cuenta que no ha existido un pronunciamiento claro por parte del legislador para eventos especiales, acudo a Ustedes con el objeto de conocer:

a.- Una jurisprudencia.

b.- Doctrina preferentemente de esta Superintendencia.

c.- En caso de no existir dichos pronunciamientos solicito comedidamente se emita un concepto, acerca de la forma en que se aprobarían dichos balances, cuentas de fin de ejercicio y de liquidación, además del alcance ineficaz, que tendría en un momento determinado las decisiones adoptadas, por la Junta Directiva conformada tal como se explico".

Sobre el particular y en cuanto hace a la prohibición contenida en el artículo 185 del Código de Comercio, según la cual los administradores y empleados de la sociedad no pueden votar los balances y cuentas de fin de ejercicio ni las de liquidación, me permito manifestarle que esta Superintendencia se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre el tema en cuestión.

En uno de los conceptos, de manera clara se afirma que "□Tal prohibición se aplica absteniéndose el representante legal y los miembros de la junta directiva en el caso de que sean socios, de votar en la asamblea general de accionistas, al momento de someter a consideración los estados financieros de fin de ejercicio".

"En consecuencia el quórum y por consiguiente la mayoría decisoria para efectos de la aprobación de este punto del orden del día, se integrará con las cuotas o acciones de quienes tengan la aptitud para votar, esto es descontando previamente aquellas de que sean titulares las personas que están inhabilitadas para ese fin, pues solo de esta manera se concilia la aplicación de las normas que por una parte consagran para los administradores la obligación de preparar y someter a consideración del máximo órgano social el balance y las cuentas de fin de ejercicio y por la otra les impiden emitir su voto".

"Lo anterior supone una excepción a las reglas generales que establecen los artículos 359 del Código de Comercio y 68 de la Ley 222 de 1995 en materia de mayorías decisorias, pues no de otra forma podría cumplirse la finalidad que en últimas persigue la ley; **en esas circunstancias votarán el balance él, o los socios que no ostenten la calidad de administradores.** Ahora bien cuando quiera que tengan todos esa condición, se entenderá que está dada implícitamente la correspondiente aprobación en la medida en que no haya objeción de parte de ninguno de los socios, pues el hecho de que por ser administradores estén inhabilitados para aprobarlo de manera expresa, no les impide formular reparos o objeciones, los que de presentarse habrán de ser atendidas por los restantes administradores a quienes corresponda, pues no hay que perder de vista que en todo caso es función privativa e indelegable del máximo órgano social, examinar, aprobar o improbar los balances y las cuentas que deban rendir los administradores de acuerdo con el numeral 2, artículo 187 del Código citado, atribución de la que gozan

individualmente todos los socios" (oficio 220-43454 agosto 12 de 1997, contenido en Doctrinas y Conceptos Jurídicos- Superintendencia de Sociedades-1997, paginas 60 y 61).

Con relación al artículo 435 de la Legislación Mercantil, en lo concerniente a que "No podrá haber en las juntas directivas una mayoría cualquiera formada con personas ligadas entre sí por matrimonio, o por parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o primero civil, excepto en las sociedades reconocidas como de familia..", esta entidad sostiene que lo consagrado en él es lo suficientemente claro y por lo tanto no da lugar a interpretación diferente a lo que su contenido ordena.

En efecto, la citada norma de manera expresa prohíbe conformar una mayoría con personas que se encuentren ubicadas en las situaciones previstas en la norma, fijando de antemano que en el evento de darse dicha conformación, el cuerpo colegiado así elegido, no puede desempeñar sus funciones y debe continuar actuando la junta directiva existente antes de realizarse la elección fallida.

De darse lo anterior, los administradores de la sociedad deben proceder a convocar, conforme las normas legales y estatutarias pertinentes, al máximo órgano social para elegir nueva junta directiva.

Es de tener en cuenta que si una junta directiva, actúa contrariando lo preceptuado en el artículo 435 citado, las decisiones que adopte son ineficaces y por lo tanto no producen efecto alguno.

La sanción de ineficacia se encuentra consagrada en el artículo 897 del Código de Comercio al disponer que "cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial".

Ahora bien, lo anterior sin perjuicio de lo establecido en el párrafo del artículo 87 de la Ley 222 de 1995, que de manera clara establece "□la Superintendencia de Sociedades podrá, de oficio o a solicitud de parte, reconocer la ocurrencia de los presupuestos que den lugar a la sanción de ineficacia en los casos señalados en el libro segundo del Código de Comercio, en relación con sociedades no sometidas a la vigilancia o control de otra Superintendencia.

Para su conocimiento, me permito anexarle copia de algunos pronunciamientos emanados de esta entidad que se refieren a los temas tratados en el presente escrito. (Oficios 220-16368 del 21 de marzo y 220-43454 del 12 de agosto, ambos de 1997, así como fotocopias de las paginas 269 y 270 del Libro Doctrinas y Conceptos Jurídicos-1995).

En los anteriores términos se ha dado contestación a su consulta, no sin antes manifestarle que los efectos del presente pronunciamiento, son los descritos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.