

OFICIO 220-011072 DEL 17 DE FEBRERO DE 2021

ASUNTO: ALCANCE DEL ARTÍCULO 185 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

Me refiero a su escrito radicado como se anuncia en la referencia, mediante el cual, consulta cual es el alcance del artículo 185 del Código de Comercio.

Previamente a atender sus inquietudes debe señalarse que, en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los artículos 14 y 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituidos por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, emite conceptos de carácter general sobre las materias a su cargo, y sus respuestas a las consultas no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la Entidad.

También es procedente informarle que, para efecto del conteo de términos en la atención de su consulta, mediante el artículo 5º de la parte resolutive del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, con ocasión de la emergencia sanitaria derivada del Coronavirus COVID-19 y mientras ésta se mantiene, el Gobierno Nacional amplió los términos para que entidades como esta Superintendencia atiendan peticiones de consulta en treinta y cinco (35) días.

A continuación, se procede a contestar su inquietud la cual fue planteada en los siguientes términos:

“Muy atentamente les solicito concepto de la interpretación del Art 185 del Código de Comercio en su aplicación en una S.A. Art 185. Salvo los casos de representación legal. El Administrador miembro de la Junta directiva, el representante legal, el representante legal suplente, el gerente, el gerente suplente pueden representar en la Asamblea y votar en nombre de este balances, cuentas del ejercicio y demás decisiones de la Asamblea si tienen la representación legal del socio como tutor que representa al menor, como convencional mandato general amplio y suficiente elevado a escritura pública, o judicial (autorización concedida a un cónyuge para que actúe a nombre del otro), como representante de sucesión? ¿O como representante legal de socio jurídico?”

Precisa el artículo 185 del Código de Comercio lo siguiente:

“Artículo 185. Salvo los casos de representación legal, los administradores y empleados de la sociedad no podrán representar en las reuniones de la asamblea o junta de socios acciones distintas de las propias, mientras estén en ejercicio de sus cargos, ni sustituir los poderes que se les confieran.

Tampoco podrán votar los balances y cuentas de fin de ejercicio ni las de la liquidación.”

Sobre el asunto, éste Despacho se pronunció mediante Oficio No. 220-033465 del 16 de febrero de 2016, en los siguientes términos:

“De la norma citada se desprende que los administradores, carácter que la ley atribuye a los miembros de la junta directiva, no pueden en primer lugar representar acciones distintas de las propias ni sustituir los poderes que se les confieran, mientras estén en ejercicio de sus cargos, y, en segundo lugar, votar los balances de fin de ejercicio.

Al respecto hay que tener en cuenta que según la norma advierte, las personas señaladas, esto es los administradores y empleados de la sociedad están impedidos para los fines mencionados “mientras estén en ejercicio de sus cargos”, por lo cual ha de ser claro que la prohibición sólo es aplicable a los suplentes -del representante legal o de los miembros de junta directiva- que han actuado efectivamente dentro del período para el cual fueron designados, con la única excepción de la representación legal que ejerzan respecto de su representado.

Dicha representación legal hace referencia tanto al cargo de representante legal de una persona jurídica como a los representantes de personas naturales, bien sea en calidad de tutor, curador o en ejercicio de la patria potestad en tratándose de los padres respecto a sus hijos menores de edad.

A ese tema se ha referido en extenso la doctrina de esta Superintendencia, como ilustra entre otros el oficio 220-020491 del 02 de abril de 2012 en el cual se expresó:

“(…)

“Al respecto, la norma como regla general prevé que los administradores, entre ellos los miembros de la junta directiva, no pueden representar acciones ajenas en las reuniones del máximo órgano social de la sociedad,

su participación dependerá de que sean titulares de acciones o cuotas a nombre propio o que actúen en nombre y representación legal, entre otras situaciones, de una persona jurídica que al igual ostenta la calidad de socio o accionista de la misma.

(...)

“En claro los eventos en que los administradores y empleados de la compañía pueden asistir con voz y voto en las sesiones del máximo órgano social, es preciso también indicar que tratándose del balance general de fin de ejercicio “Tampoco podrán votar los balances y cuentas de fin de ejercicio...”, prohibición que tiene por objeto evitar que los administradores de la compañía aprueben su propia gestión...”¹

En virtud de lo anterior se realizan las siguientes precisiones:

1. 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.²
2. La expresión *“mientras estén en ejercicio de sus cargos”* hace referencia al desarrollo de las actividades propias del cargo, en este caso, el de administrador, por lo que, el suplente que no ha actuado como administrador no se encuentra inhabilitado. Así también lo expuso el Oficio No. 220-099013 del 12 de noviembre de 2012 proferido por esta Oficina, el cual acota lo siguiente:

“Ahora, en cuanto a la incompatibilidad derivada del artículo 185 ibídem, que impide que los administradores representen durante las reuniones del máximo órgano social cuotas o acciones diferentes a las suyas, así como para aprobar estados financieros, ésta se predica, exclusivamente, de quienes efectivamente han tenido injerencia en la administración de la compañía, es decir, en criterio de esta oficina, la misma no aplica respecto de miembros suplentes de junta directiva o de suplentes del representante

1 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio No. 220-033465 (16 de febrero de 2016). Asunto: Representación de acciones por parte de un miembro de una Junta Directiva. [Consultado el 01 de febrero de 2021]. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-033465.pdf

2 COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 222 de 1995. Artículo 22 [Consultado el 1 de febrero de 2021]. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0222_1995.html#22

legal que estén ajenos a la administración de la compañía dado que no se ha presentado la ocasión de suplir al administrador principal”³

3. La representación legal puede corresponder a una persona jurídica o a una persona natural, en este último caso en lo que respecta a la representación de menores o incapaces, en ejercicio de la patria potestad o como tutor o curador.

Respecto de la representación de una herencia yacente, la doctrina de esta Superintendencia expresó en Oficio No. 220-069667 del 27 de marzo de 2017, lo siguiente:

“6. En el evento que no existan sucesores reconocidos, la representación le corresponderá al curador de la herencia yacente (bienes de un difunto cuya herencia no ha sido aceptada), para lo cual será necesario promover ante el juez la declaratoria de la herencia yacente y la designación del curador que la represente...

b. Para representar legítimamente las cuotas o las acciones cuyo titular ha fallecido, solo podrá asistir la persona que demuestre alguna de las calidades antes mencionadas, lo que entre otros implica que, en caso contrario, las mismas no podrán ser representadas en las reuniones del máximo órgano social.

c. Lo anterior, salvo que se declare la herencia yacente, caso en el cual la representación corresponderá al curador, previa declaración del juez en dicho sentido.

d. Para que los herederos del accionista fallecido puedan impugnar las decisiones del máximo órgano social será necesario que se adelante la correspondiente sucesión, bien judicial o notarial, según corresponda, o se declare la herencia yacente pues no de otra manera es posible ejercer los derechos correspondientes”⁴

3 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio No. 220-099013 (12 de noviembre de 2012). Asunto: Las inhabilidades de los miembros de junta directiva se predicán respecto de la totalidad de éstos, mientras que las incompatibilidades únicamente respecto de quienes efectivamente hayan administrado la sociedad. [Consultado el 01 de febrero de 2021]. Disponible en:

https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/32792.pdf

4 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio No. 220-069667 (27 de marzo de 2017). Asunto: Representación de Acciones de sucesión ilíquida [Consultado el 02 de febrero de 2021]. Disponible en:

https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-069667.pdf

Sobre la sucesión ilíquida el Oficio No. 220-051441 de 2019 señaló:

“En tal virtud, la representación legal se ejerce por los padres o tutores respecto de los hijos menores o de los incapaces y por el heredero designado en la sucesión ilíquida, de acuerdo con las reglas del Código Civil, y por el gerente o presidente en relación con las sociedades comerciales, toda vez que el estatuto comercial establece que la sociedad anónima tendrá por lo menos un representante legal, con uno o más suplentes, designados por la junta directiva o la asamblea, según se disponga en los estatutos

(..)

De estas disposiciones se infiere que la representación legal de la persona jurídica es inherente a su naturaleza, dado que requiere de otra persona natural o jurídica que exteriorice o manifieste su voluntad, y que los miembros de la junta directiva de una sociedad anónima son administradores mas no representantes legales de la sociedad, pues la representación legal está en cabeza del gerente o presidente, según se determine en los estatutos.”⁵ (Subrayado fuera de texto)

4. Los administradores y empleados de una sociedad en ejercicio de sus cargos, no pueden votar los balances y cuentas de fin de ejercicio, a fin de evitar que convaliden su propia gestión, tal como se mencionó en el Oficio No. 220-051441 de 2019 proferido por la Superintendencia:

“De igual manera, se deduce que con la prohibición del artículo 185 del Código de Comercio el legislador pretende “(..) evitar que los administradores aprueben su propia gestión, por lo que, al momento de ser sometidos los estados financieros a consideración del máximo órgano social, quienes ostenten la calidad de administradores, entre otros, deberán abstenerse de votar sobre el particular. Así las cosas, la mayoría decisoria para efecto de la aprobación de los estados Financieros, se establecerá descontando previamente las acciones que posean las personas que están impedidas para votar; dicho de otra manera, se integrará con las acciones de quienes tengan aptitud para votar.

Esto significa que a un miembro activo de la junta directiva y, en consecuencia, administrador de una sociedad anónima, le está vedado

5 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio No. 220-051441 (28 de mayo de 2019). Asunto: Alcance de la prohibición del artículo 185 del código de comercio. [Consultado el 02 de febrero de 2021]. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-051441_DE_2019.pdf

apoderar a otros socios en las reuniones del máximo órgano social y, por ello, solo puede intervenir en las mismas en representación de sus acciones, excepto cuando se trate de decisiones que impliquen la aprobación de balances, cuentas de fin de ejercicio e informes de administración, casos en los cuales existe prohibición absoluta, de votar o decidir sobre esos temas específicos expresamente señalados por el legislador.” (Subrayado fuera de texto)

Por otra parte, de acuerdo con lo planteado en su inquietud referente a si la excepción del artículo 185 del Código de Comercio aplica en el caso “*como convencional mandato general amplio y suficiente elevado a escritura pública, o judicial (autorización concedida a un cónyuge para que actúe a nombre del otro)*”, se indica que esta opción no hace referencia a una representación legal, ya que no deriva de la Ley sino de la voluntad del que quiere ser representado, tal como se indica en el Oficio No. 220-23610 del 2002:

“Al respecto, es preciso observar que a diferencia de lo que ocurre en la representación con fundamento en un acto de apoderamiento, la representación legal, deriva de la ley; por tanto, la actuación que directamente se surta dentro de esta potestad legal no está comprendida dentro de la restricción prevista por el artículo 185 del código de comercio:(...)” (Subrayado fuera de texto).⁶

La situación descrita hace referencia a un contrato de mandato, por medio del cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra⁷, y en esa medida no estaría cobijado por la excepción, pues la ley señala expresamente que solo aplica a los casos de representación legal.

Por último, es preciso señalar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 38 de la Ley 1258 de 2008, la prohibición contenida en el artículo 185 del Código de Comercio, no le es aplicable a la Sociedad por Acciones Simplificada, a menos que en los estatutos se disponga lo contrario.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, con los efectos descritos en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, no sin antes señalar que en la Página WEB de la Entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia, entre otros.

6 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio No. 220-23610 (20 de mayo de 2002). Asunto: Artículo 185 del Código de Comercio. [Consultado el 03 de febrero de 2021]. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/4761.pdf

7 COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 410 de 1971. Artículo 1262 [Consultado el 3 de febrero de 2021]. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html