

OFICIO 220-132136 DEL 06 DE OCTUBRE DE 2015

ASUNTO: PROHIBICIÓN DEL ARTÍCULO 435 DEL CÓDIGO DE COMERCIO. CONFLICTO DE INTERESES.

Me refiero a su comunicación radicada con el número 2015-01-384205, mediante la cual remite copia del oficio emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio a través del cual da respuesta a algunas de las inquietudes por ser de su competencia, excepción hecha de los puntos 5.) y 8.), por ser del resorte de este organismo.

Los temas se transcriben a continuación:

5). De conformidad con la ley, hasta qué grado de consanguinidad está establecido la conformación de la Junta Directiva, con relación a los socios y miembros directivos.- Lo anterior teniendo en cuenta lo determinado por el Art. 435 de; Código de Comercio. Se plantea esta dubitación teniendo en cuenta por ejemplo; que; el Gerente de una Sociedad sea padre y hermano respectivamente de dos socios que hacen parte de la Junta Directiva de dicha Sociedad, y si por tal motivo están incurso en inhabilidades y/o incompatibilidades que le impidan desempeñarse como tales, anotando además que si la persona que funge como Gerente, en el evento que no sea socio de dicha sociedad pueda fungir como gerente de la misma, **aclarándose que la Sociedad no es de carácter familiar sino una Sociedad en la cual intervienen otros socios no familiares entre sí. Circunstancia de incompatibilidad e inhabilidad por el hecho de estar ligados por matrimonio o unión marital de hecho, y hasta donde esté permitido por Ley esta circunstancia.**

8). Sírvanse responder, si existe incompatibilidad e inhabilidad que pueda generar un posible conflicto de intereses, por el hecho que dos Sociedades se encuentren asociadas, donde el Gerente o Representante legal de una de ellas, funja como socio de ambas y se encuentre conformando la Junta Directiva de dichas Sociedades, destacándose además, que, ambas Sociedades realizan las mismas operaciones comerciales, es decir, su objeto social es muy idéntico, y por otro lado que ambas Sociedades realicen actividades comerciales internamente entre ellas en desarrollo de su objeto social.

Al respecto sea lo primero advertir que este Despacho con fundamento en el artículo 28 del Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo, profiere los conceptos de carácter general y en abstracto a que haya lugar con motivo de las consultas que le son formuladas sobre las materias de su competencia, mas no le es dable mediante esta instancia emitir pronunciamientos de ninguna índole sobre situaciones particulares y concretas; tampoco está dentro

de sus funciones la de asesorar a las sociedades comerciales en decisiones que corresponda adoptar a sus órganos sociales.

(i) Previa la observación que antecede, es del caso advertir que de acuerdo con la legislación mercantil, no existe un tipo de sociedad que la ley catalogue como de familia, así lo confirma el concepto transcrito en el libro sobre sociedades de familia en Colombia, publicado en la Superintendencia de Sociedades año 2001, páginas 17 y siguientes en el siguiente sentido: “las sociedades anónimas de familia se encontraban consagradas en el artículo 30 de la Ley 58 de 1931 de “aquellas que se formen con mayoría de miembros de una misma familia”; posteriormente el Decreto reglamentario 2521 de 1950 en su artículo 283 estableció como requisito para esta clase de sociedades, “que se hayan constituido por mayoría de personas vinculadas entre sí por parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado de consanguinidad, o de afinidad dentro del segundo grado”.

Agrega la Superintendencia en la referida publicación “Estas normas fueron derogadas por el Decreto 410 de 1971, que regulo íntegramente la materia de sociedades anónimas, sin incluir reglamentación al respecto que permita concluir sobre la existencia autónoma e independiente de este tipo de compañías, ya que no se regló sobre conformación, requisitos o reconocimientos de éstas. Al respecto esta entidad ha manifestado en sus oficios SL-19438 del 5 de octubre de 1989 y 220-14246 del 24 de julio de 1994: “En este orden de ideas... derogada expresamente la regulación de sociedades anónimas de familia y no habiendo tenido ésa consagración legal dentro de la actual legislación mercantil, se hace necesario acudir respaldados en el principio de la analogía, a lo consagrado en la legislación tributaria, en donde el Decreto reglamentario 187 de 1975 en su artículo 6° determina el carácter familiar de una sociedad con base en los siguientes requisitos:

- a) la existencia de un control económico financiero o administrativo.
- b) Que dicho control sea ejercido por personas ligadas entre sí por matrimonio o por parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o único civil.

Los parámetros señalados en el Decreto 187 mencionado indudablemente están acordes con el concepto restringido de familia que se desprende de algunas disposiciones legales; tal es el artículo 874 del Código Civil, como de los artículos 1° y 4° de la Ley 70 de 1971 y que doctrinariamente ha sido acogido como una agrupación de personas formadas por el padre, la madre y los hijos.

En consecuencia, para que una sociedad tenga el carácter de familia debe existir entre dos o más socios un parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado (padre, madre o hijos y hermanos) o único civil (padre o madre adoptante o hijo

adoptivo), o estar unidos entre sí matrimonialmente, siempre y cuando los otros socios así relacionados, ejerzan, sobre la sociedad un control económico, financiero o administrativo “(oficio 220-16368 del 21 de marzo de 1997).

Esta definición de sociedad de familia, de acuerdo al ordenamiento jurídico actual es la aplicable para efectos del artículo 435 del Estatuto Mercantil, resulta inadecuada a la hora de realizar un estudio sobre la realidad de este tipo de organizaciones. En efecto, las sociedades de familia, independientemente del tipo societario (colectivas, comanditas, limitadas, anónimas) son en la práctica aquellas controladas por miembros de una misma familia, que bien pueden ser hermanos, primos, sobrinos, tíos, abuelos, nietos, etc., En particular en las sociedades de segunda y tercera generación es apenas lógico que aparezcan vinculados miembros de la familia que tienen un parentesco más distante que el señalado en la norma comentada, sin que eso desnaturalice la esencia del control que siguen ejerciendo miembros de una familia, cuyas relaciones se proyectan en el campo de la empresa, la familia y la propiedad,...

De las precisiones efectuadas, a juicio de esta oficina, se concluye lo siguiente:

En el entendido que la sociedad objeto de consulta, es de los tipos societarios reguladas por el Código de Comercio y el capital no está conformado en su mayoría por personas de una misma familia, aplica la prohibición del artículo 435 del Código de Comercio, de suerte que no puede haber en la junta directiva una mayoría cualquiera conformada por personas ligadas entre sí por matrimonio, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o primero civil; de tal manera que en el evento en que la junta directiva estuviera conformada por tres miembros, si dos son tío y sobrino, estarían dentro del tercer grado de consanguinidad, en clara contravención, al artículo 435 del Código de comercio. Si el número de miembros que conforman la junta directiva es superior: Vr. Gr. Cinco, los dos miembros con grado de consanguinidad, no tendrían una mayoría decisoria y en tal virtud, no habría contravención a la citada disposición legal.

De otra parte, no existe norma legal alguna que exija que el gerente de una sociedad deba tener la condición de socio.

(ii). En lo que corresponde al conflicto de intereses que se plantea en el segundo interrogante, cuando el Gerente o Representante legal de una de ellas, funge como socio de dos sociedades y conforma a su vez, en ambas sociedades la Junta Directiva, cuyas operaciones comerciales son las mismas, por tener el mismo objeto social, cuando adicionalmente ambas Sociedades realizan actividades comerciales internamente entre ellas en desarrollo de su objeto social,

se sugiere consultar la Circular Básica Jurídica capítulo V, páginas 44 a 56, que se encuentra publicada en la página web: www.supersociedades.gov.co documento que entre otros, desarrolla aspectos tales como uso indebido de información privilegiada, la obligación de abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad, posibles eventos de conflicto de intereses, intervención de la Superintendencia en funciones administrativas, prohibiciones y limitaciones de los administradores.

En los anteriores términos se han atendido sus inquietudes, no sin antes advertirle que el presente oficio tiene los alcances del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por la ley 1755 del 30 de junio de 2015.