OFICIO 220-053285 DEL 11 DE MARZO DE 2016

ASUNTO: ALCANCE DE LOS NUMERALES TERCERO Y CUARTO DEL ARTÍCULO 446 DEL CÓDIGO DE COMERCIO –INTERPRETACIÓN SOBRE SU VIGENCIA.

Distinguido doctor Echavarría:

Me refiero a su amable comunicación radicada con el número 2016-01-074503, en la cual consulta la opinión de la Superintendencia de Sociedades, sobre las consideraciones que expone en torno a los numerales tercero y cuarto del artículo 446 del Código de Comercio (Decreto 410 de 1971), las cuales se concretan en los dos aspectos que se resumen así:

1. En cuanto a la vigencia de los numerales 3 y 4 del artículo 446:

Manifiesta que una parte de la doctrina nacional sostiene que los numerales 3 y 4 del artículo 446 del ordenamiento mercantil, no han sido derogados expresamente y por lo tanto están vigentes, pero que no obstante, existe una posición contraria, con argumentos jurídicos firmes, que sostiene que fueron derogados tácitamente por la Ley 222 de 1995.

Así, pone de presente que esta última posición toma en cuenta que bajo el Código de Comercio, la Junta Directiva y el Representante Legal presentaban al máximo órgano social informes por separado con contenidos distintos. “[...] Así, el numeral tercero del artículo 446 establece que el primero debía contener el reporte de la Junta directiva sobre la situación **económica y financiera de la sociedad**; y el numeral cuarto establece que el segundo informe debía presentar la forma cómo el Representante Legal hubiese llevado a cabo su gestión”.

Agrega que:

‘[...] Estas normas guardan una relación inescindible con los artículos 439 (que establecía la obligación de la Junta Directiva de presentar un informe a la Asamblea General de Accionistas sobre la situación **económica y financiera de la sociedad**) y 443 (que regulaba la rendición de cuentas por parte del Gerente) del mismo Código de Comercio; artículos que fueron derogados de forma expresa por el artículo 242 de la Ley 222 de 1995’.

‘De otro lado, los artículos 45,46 y 47 de la Ley 222 de 1995 regulan de manera íntegra lo relativo a la rendición de cuentas por los administradores, la cual ya no se hace con los informes separados por la Junta Directiva y por el Representante Legal como lo señalaba el Decreto 410 de 1971, y el contenido de dicho informe de gestión conjunto’.

“En consecuencia tanto por sustracción de materia, al haberse derogado expresamente los artículos del Código de Comercio que establecían en cabeza de la Junta Directiva y del Representante Legal la obligación de presentar informe por separado, el primero sobre la **situación económica y financiera** de la Sociedad y el segundo sobre la gestión desarrollada, como por regulación íntegra, especial y posterior, deben estimarse insubsistentes los numerales tercero y cuarto del artículo 446 del Código de Comercio”.

2. En cuanto a la modificación de dichos numerales por disposiciones posteriores (Ley 1314 de 2009 y Decreto 2420 de 2015)

Se aduce que si en gracia de discusión, no fuere aceptable el argumento planteado en torno a la derogatoria tácita por la Ley 222 de 1995 de los referidos numerales, es dable examinar, si la revelación de la información que tales normas reglamentaban subsiste o ha sufrido modificaciones por disposiciones posteriores.

A ese propósito manifiesta :

“[...] Al respecto debe tenerse muy presente que Colombia, mediante la Ley de Intervención Económica No 1314 de 2009 y el Decreto 2420 de 2015, con el propósito de apoyar la internacionalización de las relaciones económicas, ajustar la información financiera con destino a todos los usuarios de la misma, incluyendo los accionistas, adoptar las mejores prácticas internacionales y ajustarse al cambiante mundo de los negocios, inició un proceso de adopción o incorporación de las Normas Internacionales de Información Financiera –NIIF, como un sistema de contabilidad y de información financiera único, homogéneo y de forzosa aplicación”.

“La incidencia de las NIIF en la determinación de la información que debe ser revelada a los diferentes usuarios de la información financiera de las empresas incluyendo accionistas, se reitera, es directa.

“Por ello a título de ejemplo, se menciona la Norma Internacional de Contabilidad – NIC No 24 establecida en los decretos que desarrollaron la Ley 1314 de 2009, que dispone:

“17 Una entidad revelará las remuneraciones del personal clave de la gerencia **en total y para cada una de las siguientes categorías:**

“(a) beneficios a los empleados a corto plazo

(b) beneficios post-empleo;

(c) otros beneficios a largo plazo;

(d) beneficios por terminación; y

(e) pagos basados en acciones “ (Subrayas y negrillas fuera de texto”.

Es del caso entonces concluir que la información a que hace referencia el literal “a” del numeral tercero del artículo 446 del Código de Comercio, ya no será detalla (da) por cada uno de los directivos de la sociedad, sino de forma agregada y por categorías de numeración específicas”.

En apoyo de lo expuesto, se remite al párrafo del artículo 13 de la Ley 1314 conforme con el cual “[...] las normas relacionadas con contabilidad e **información financiera** expedidas con anterioridad pierden su vigencia una vez se expidan nuevas disposiciones en desarrollo del tema, como sería el caso de los numerales tercero y cuarto antes citados, los cuales de manera innegable y clara se refieren a información económica y **financiera.**”

EXAMEN DE LAS CONSIDERACIONES EXPUESTAS

En el contexto de la consulta, es procedente realizar una valoración respecto de la vigencia o por el contrario, de la derogatoria total de los numerales 2 y 3 del artículo 46 del Código de Comercio, a la luz de las disposiciones consagradas en la Ley 222 de 1995, de los nuevos marcos técnicos contables derivados de la aplicación de las normas de información financiera, y principalmente, de la regulación a la que deben someterse las sociedades comerciales.

Esta superintendencia coincide con la apreciación expuesta sobre la importancia que en materia de información homogénea, consistente y comparable debe elaborar toda sociedad comercial; información financiera cuya preparación, presentación y revelación debe ajustarse a los marcos que le gobiernan, especialmente cuando ya todos los entes económicos deben cumplir con los nuevos requerimientos establecidos en las normas de información financiera de que trata la Ley 1314 de 2009 y los decretos que la reglamentan.

Ahora bien, como premisa general hay que poner de relieve que los nuevos marcos normativos en temas de la ciencia contable, se integran de manera armónica a los principios y fundamentos que son propios del derecho societario.

No se trata de una derogatoria, sustitución o desplazamiento de los principios del gobierno corporativo societario, que si bien se nutren de la información financiera que deben presentar las empresas, no ceden ni los derechos, ni las obligaciones, ni las relaciones sustanciales por la entrada en vigencia de un nuevo marco normativo en materia contable.

En particular, uno de los pilares fundamentales del gobierno corporativo es el derecho de inspección o si se quiere de manera más amplia, del derecho de información que les asiste a los asociados, que de manera correlativa implica la obligación de los administradores de entregarla en los términos y condiciones que exigen no sólo las normas contables, sino también las normas propias y exclusivas del ordenamiento societario.

Una de las reglas, es precisamente la prevista en el artículo 446 del Código de comercio, la cual obliga tanto a la junta directiva como al representante legal a presentar a consideración del al máximo órgano social los documentos que de manera expresa se relacionan.

El numeral primero (1º), exige la presentación de la cuenta de pérdidas y ganancias; el segundo (2º), el proyecto de distribución de utilidades una vez deducida la suma para el pago de impuestos sobre la renta y los complementarios; el tercero (3º) el informe de la junta directiva; el cuarto (4º), el informe escrito del representante legal sobre la forma como llevó a cabo la gestión y recomendaciones a la asamblea; y, en el quinto (5º), el informe escrito del revisor fiscal.

Para los fines que nos interesan, el estudio se detendrá en los numerales 3 y 4 de la norma ampliamente mencionada.

El numeral 3, consagra una obligación específica para la JUNTA DIRECTIVA, dirigida especialmente a permitir que los asociados conozcan en detalle, lo que la información financiera refleja de manera general. Se trata de medidas de buen gobierno corporativo que garantizan transparencia en la gestión de los administradores, erigiéndose así más que en una formalidad de técnica contable, en un principio fundamental en beneficio del derecho de información que les asiste a los accionistas.

Se advierte entonces, cómo el informe de la Junta directiva tiene un detalle que va más allá de lo que se consigna en la información financiera, así:

- a) Exige que se explique a los accionistas el detalle de los egresos por concepto de salarios, honorarios, viáticos, gastos de representación, bonificaciones, prestaciones en dinero y en especie, erogaciones por concepto de transporte y cualquier otra clase de remuneraciones que hubiere percibido **cada uno** de los directivos de la sociedad.
- b) Obliga la revelación amplia de las erogaciones en favor de **asesores o gestores** cuando la gestión consista en tramitar asuntos ante entidades públicas o privadas, o aconsejar, o preparar estudios para adelantar tales tramitaciones.

Exigencia que ahora cobra mayor importancia con las normas sobre anti soborno contempladas en la Ley 1758 de 2016.

c) Determina la información sobre transferencia de dinero y demás bienes **a favor de personas naturales o jurídicas.**

d) Mostrar los gastos en propaganda y de relaciones públicas;

e) Revelar los bienes y dineros que la sociedad posea en el exterior y las obligaciones en moneda extranjera.

f) Las inversiones que la compañía tiene **en otras sociedades.**

Indudablemente es claro que el contenido del informe, supera la descripción contable para adicionar su impacto a terrenos de importancia en el gobierno corporativo y prácticas de transparencia de la empresa.

Por su parte, la derogatoria expresa de los artículos 439 y 443, a través del artículo 242 de la Ley 222 de 1995, se explica porque los respectivos preceptos fueron recogidos en su integridad por el artículo 45 de la misma ley, lo que no puede predicarse de los numerales 3 y 4 motivo del presente escrito, en la medida en que la obligación a cargo de la junta directiva, se resalta, no fue sustituida o incorporada mediante la citada Ley 222 de 1995.

En consecuencia, frente a la primera consideración propuesta en la consulta, el criterio de esta Entidad es que la exigencia del numeral 3 del artículo 446 del Código de Comercio sigue vigente.

Tampoco se comparte la apreciación sobre la derogatoria del numeral 4 de la norma citada, porque se erige en una obligación para el REPRESENTANTE LEGAL presentar una evaluación de su gestión y la recomendación sobre medidas que al máximo órgano social le correspondería adoptar. Distinto el precepto establecido en artículo 47 de la Ley 222 de 1995, que exige preparar un informe de gestión en el que se indiquen los acontecimientos acaecidos después del ejercicio, la evolución previsible de la sociedad y las operaciones celebradas con los socios y administradores,

En cuanto al segundo argumento, relacionado con la aplicación del párrafo del artículo 13 de la Ley 1314 y la interpretación según la cual, todas las normas que hagan referencia a estados financieros o información financiera se entienden en un todo sustituidas por las reglas de los nuevos marcos normativos contables, es del caso precisar que en concepto de esta superintendencia no es dable afirmar de manera categórica, que los decretos reglamentarios de la Ley 1314 de 2009, tengan la suficiente entidad para modificar los derechos y las obligaciones

estructuradas en el marco de los principios de transparencia y buen gobierno que inspiran las reglas propias del derecho societario.

Con la aplicación de las normas internacionales de información financiera se avanza hacia unos estándares de aceptación mundial, alineados con las mejores prácticas internacionales, las cuales no modificaron las reglas de funcionamiento de la sociedad, porque como se explicó anteriormente, existen derechos de los accionistas y obligaciones de carácter legal a cargo de los administradores que permanecen y no pueden examinarse a la luz de los marcos contables, sino en el contexto de la estructura jurídica societaria.

En los anteriores términos se ha dado contestación a su consulta, no sin antes advertir que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015.