

## **OFICIO 220-097519 DEL 24 DE JULIO DE 2015**

### **REF.: ALCANCE DEL ARTÍCULO 185 C. CO. Y CAPITALIZACIÓN REITERADA DE UTILIDADES.**

Me refiero a su escrito radicado con el número 2015-01-273569, mediante el cual formula una consulta que versa primero, sobre el alcance de la prohibición contenida en el artículo 185 del Código de Comercio, respecto de un administrador que no ejerció funciones durante todo el ejercicio contable que se somete a aprobación del máximo órgano social y segundo, sobre la posibilidad de que una sociedad capitalice siempre utilidades, así la empresa no lo necesite por ser solvente.

De forma preliminar es necesario señalar que si bien en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 13 de la Ley 1755 de 2015, este Despacho emite los conceptos a que haya lugar con motivo de las consultas que le son formuladas sobre las materias de su competencia, estos tienen carácter general puesto que sus respuestas no están dirigidas a resolver situaciones particulares y concretas, en tanto se trata de una labor eminentemente pedagógica que busca ilustrar a los particulares sobre los temas de su competencia, lo que explica a su vez, que sus respuestas no sean vinculantes ni comprometa su responsabilidad.

En este orden de ideas, de la lectura al precepto contenido en el texto legal por usted invocado, como primera medida se desprende que tanto los administradores como los empleados de la sociedad pueden representar sus propias acciones en las reuniones del máximo órgano social, así como emitir los votos que les corresponden. En segundo lugar, se advierte que cuando se trate de aprobar los balances, las cuentas de final de ejercicio o las de liquidación, tales sujetos tendrán que abstenerse de emitir su voto, atendiendo que la condición para que opere la aludida inhabilidad, es que unos u otros se encuentren en ejercicio de sus respectivos cargos. Adicionalmente, tampoco podrán representar a ningún accionista ni sustituir los poderes que se les confieran.

Así las cosas, para determinar si se incurre en la referida prohibición, es preciso establecer si al momento de la reunión del máximo órgano social, las personas que actúan ostentan cargos de administración dentro de la sociedad. Tal situación podrá deducirse de hacer una simple constatación con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio del domicilio social, cuando de representantes legales se trata. O bien, de efectuar la misma comparación contra las actas del máximo órgano social si se trata de la junta directiva, en el evento que su designación no hubiere sido inscrita en el registro

mercantil, en la consideración de que la calidad de miembro de dicho cuerpo colegiado no la da el registro sino la aceptación del cargo, como bien lo ha sostenido esta Superintendencia.

En cuanto a la inquietud sobre la capitalización de las utilidades sociales de manera reiterada pese a que la sociedad sea solvente, hay que poner de presente que en materia de distribución de utilidades, la legislación mercantil consagra como regla general, que hechas las apropiaciones y las reservas a que hubiere lugar, debe distribuirse entre los asociados, como mínimo el 50% de las utilidades, si tiene que enjugar pérdidas de ejercicios anteriores (art. 155), ó el 70% de las mismas, si se presentan los presupuestos previstos en el artículo 454 de la misma obra, salvo que otra cosa decida el máximo órgano rector con el voto afirmativo de un número plural de asociados representantes del 78% de las cuotas representadas en la reunión, si estatutariamente no se ha consagrado una mayoría superior.

Por consiguiente, es a la junta de socios o a la asamblea general de accionistas a quien compete en forma privativa, reunida en debida forma, y con sujeción a las reglas mencionadas, decidir y disponer a su discreción sobre el reparto o no, de las utilidades.

No obstante lo anterior, tal conducta en un momento dado podría, configurar un abuso de ese derecho por parte de las mayorías accionarias de la sociedad, si entre otras circunstancias se pudiera llegar a acreditar que la compañía no requiere realmente tales aumentos repetidos de su capital, amén que en la práctica pueden presentarse conflictos cuando uno o varios accionistas, animados por intereses particulares o motivaciones personalistas, logran que en una asamblea se tomen determinaciones inconvenientes o, en perjuicio de la sociedad o sus accionistas.

En tal caso, el socio o accionista que considere que está siendo vulnerado su derecho a percibir las utilidades sociales, cuenta con la prerrogativa de iniciar las acciones judiciales pertinentes, en aras a lograr la declaratoria de nulidad absoluta de la determinación así adoptada, por ilicitud del objeto, la que además puede ejercerse acompañada de la solicitud de indemnización de perjuicios, de acuerdo con lo que al efecto dispone el artículo 24, numeral 5º, literal e) del C.G. del P.

Esta acción que como se indicó supone el ejercicio del derecho de voto en forma abusiva, puede intentarse ante esta Entidad en ejercicio de las facultades jurisdiccionales atribuidas por la ley, las cuales, según el parágrafo 1º de la norma citada, generan competencia a prevención y, por ende, no excluyen la que le asiste a las autoridades judiciales y a las administrativas en estos asuntos.

En efecto, por virtud de la ley la Superintendencia de Sociedades, a través de la Delegatura para Procedimientos Mercantiles, ejerce facultades jurisdiccionales de naturaleza societaria sobre las materias que le fueron atribuidas en los artículos 133, 136 y 138 de la Ley 446 de 1998; Ley 1258 de 2008; artículos 28, 29 y 43 de la Ley 1429 de 2010 y artículo 24, numeral 5º, literales a), b), c), d) y e) del Código General del Proceso. En este sentido, todos los procesos jurisdiccionales deben iniciarse con una demanda, la cual debe reunir los requisitos establecidos en los artículos 75, 77, 82 y demás normas aplicables del Código de Procedimiento Civil, los cuales incluyen la presentación de la misma por conducto de abogado inscrito.

En consecuencia, si la intención fuera la de iniciar alguna de las acciones que esta Superintendencia es competente para conocer en sede judicial, en materia de conflictos de naturaleza societaria, deberá interponer la demanda con las formalidades señaladas.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida con el alcance señalado en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por la Ley 1755 del 30 de junio de 2015.