

Magistrado Ponente: Marcos Román Guío Fonseca.

Número de Radicación: 13001-22-13-000-2013-04727-01 (2015-286-03)

Tipo de decisión: Sentencia.

Fecha de la decisión: 3 de noviembre de 2015.

Clase y/o subclase de proceso: Impugnación de actos de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas jurídicas sometidas al derecho privado.

Dematante/s: Hernando José Vergara Támara.

Demandados/as: Hernando Vergara Támara y Cia. Ltda.

A quo: Superintendencia de Sociedades.

**ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD: TIENEN PROHIBIDO VOTAR LOS BALANCES Y CUENTAS DE FIN DE EJERCICIO**-Los administradores que a la vez son asociados no pueden votar los balances y cuentas de fin de ejercicio, siempre y cuando hayan intervenido en su preparación.

*"...cuando el administrador es a su vez socio del ente jurídico le queda vedado votar los balances y cuentas de fin de ejercicio, como expresamente lo consagra la parte in fine del artículo 185 del Código de Comercio... || ...si la socia no presentó estados financieros durante los respectivos ejercicios que fungió como gerente de la sociedad, siendo otro el administrador quien adelanta el proceso de verificación establecido en el artículo 57 del decreto 2649 de 1993, no se presentarían los elementos objetivos que le impedirían entrar a votar los balances donde no tuvo ninguna participación. || Entonces, la prohibición aludida se configura cuando concurren dos factores: 1) que el administrador haga parte del proceso de elaboración de estados financieros, convalidando o dando fe de su concordancia con los libros contables de la sociedad y 2) que ese mismo administrador intervenga en la asamblea o junta de socios para aprobar o improbar los estados financieros, con independencia [de] que para ese momento siga ostentando la administración"*

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
SALA CIVIL - FAMILIA**

**Magistrado Ponente  
MARCOS ROMÁN GUÍO FONSECA**

**Ref.: Juzgado: 13001221300020130472701  
Tribunal: 2015-286-03**

**Aprobado mediante acta No.272**

**Cartagena de Indias D.T. y C., tres (3) de noviembre de  
octubre de dos mil quince (2015)**

Pasa a resolverse el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de abril 17 de 2015, proferida por la Superintendencia de Sociedades dentro del proceso de impugnación de actas promovido por Hernando José Vergara Támara contra la sociedad HERNANDO VERGARA TAMARA Y CIA LTDA.

**ANTECEDENTES**

1. Hernando José Vergara Támara, por conducto de apoderado, promueve acción contra la sociedad HERNANDO VERGARA TAMARA Y CIA LTDA., para que se deje sin efecto el acta 043 del 26 de abril de 2013.

Como soporte fáctico se resume:

-La sociedad HERNANDO VERGARA TAMARA Y CIA LTDA., convocó a junta de socios para el 26 de abril del presente año, en donde se encontraba el representante legal James Alexander Kostohriz impedido para intervenir como apoderado de María Josefina y Martha Lucía Vergara Támara, a su vez para sustituir el poder.

-Se aprobaron actas anteriores en donde no estuvieron presentes María Josefina y Martha Lucia; James Alexander presenta un informe de gestión a nombre de Gloria Vergara Támara, votando ésta su informe de gestión.

-Se aprobaron estados financieros que ya habían sido aprobados, fuera que Gloria y María para el año 2004 no eran socias de la sociedad y aun así aprobaron estados financieros de 2004.

2. Admitida la demanda a trámite, la demandada por conducto de su representante legal y mediante apoderado, acepta los hechos 1º, 2º, 3º, 5º, 8º y 9º, los demás no son ciertos, proponiendo como excepción de fondo "inexistencia de los supuestos fácticos en que se fundamenta lo pretendido".

Sostiene, que el representante legal de la sociedad no representó a las socias en la asamblea del 26 de abril, ya que estas otorgaron poder en forma directa a personas distintas, fuera que en asambleas anteriores igualmente estuvieron representadas por apoderado, luego, se encuentran facultadas para aprobar o improbar dichas actas.

Y agrega, que debido a que no se llevaban libros de contabilidad desde el 92 al 2006, se procedió a la reconstrucción y con base en ella se elaboraron los estados financieros derogando los

anteriores, eso les permitía votar estados financieros aún en períodos donde no eran socias.

3. Habiendo surtido el trámite del proceso verbal, el proceso sube al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en donde se declara nulidad de todo lo actuado desde el auto admisorio, por cuanto, el trámite que se le debió imprimir era el abreviado.

Por auto de octubre 3 de 2014, se admite nuevamente la demanda, se notifica la demandada, quien se pronuncia en los mismo términos de la primera contestación.

Surtido el trámite del proceso abreviado se entra a proferir la decisión de fondo, declarando la nulidad absoluta de la decisión en lo que tiene que ver con la aprobación del informe de gestión de 2006 a 2010 y de los estados financieros por el mismo período.

### **EL FALLO DE INSTANCIA**

Como primera medida, afirma, que la aprobación de las actas No. 35, 39 y 40, por parte de Gloria Elena, María Josefina y Martha Lucia Vergara Tamara, al haber alcanzado la mayoría decisoria es válida, debido a que no se estructura ningún tipo de nulidad.

Pero que no ocurre lo mismo frente a la aprobación de los estados financieros e informe de gestión para los años 2006 a 2012, debido a que en ello intervino Gloria Elena Vergara, quien se desempeñó como representante legal de la sociedad para los años 2006 a 2010, estando prohibido a los administradores votar los balances y cuentas de fin de ejercicio como lo prevé el artículo 185 del Código de Comercio.

El apoderado de la sociedad demandada solicita aclaración de fallo y así se hace mediante sentencia del 13 de mayo de 2015.

## **EL RECURSO DE APELACION**

Le enrostra al fallo de instancia una interpretación errónea al artículo 185 del Código de Comercio, debido a que Gloria Elena para el 26 de abril de 2013, cuando se votan los balances e informes de ejercicios anteriores, no desempeñaba funciones propias de administración, como lo refiere la norma, siendo presentados por el representante del año 2013 James Kosthoryz, debido a que en años anteriores no existía contabilidad.

Y que el fallo omitió hacer un pronunciamiento expreso sobre la excepción propuesta y en ese orden se debe modificar la condena en costas.

## **CONSIDERACIONES**

1. No se echan de menos ninguno de los presupuestos procesales necesarios para un pronunciamiento de fondo, en el entendido que el actor es una persona natural con capacidad de goce y ejercicio en quien no concurre incapacidad alguna para actuar, en tanto, la demandada, es un ente jurídico que acredita en debida forma su existencia y representación (fl. 94 C1).

Ahora, dentro de las facultades jurisdiccionales conferidas por el artículo 24 de la ley 1564 de 2012, la Superintendencia de Sociedades, es competente para conocer la impugnación de actas de asamblea, juntas directivas, juntas de socios. De otro lado, si la competencia en primera instancia era atribuible a los Jueces del

Circuito de Cartagena, atendiendo el domicilio de la sociedad demandada, es este Tribunal el competente para conocer de la segunda instancia como lo precisa el parágrafo tercero de la norma atrás aludida. Por último, la demanda copa los requisitos mínimos de forma.

2. Como *total*, es necesario precisar, que dentro de los administradores de una sociedad se destacan el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de las juntas o consejos directivos o quienes por estatutos ejerzan dicha función como lo prevé el artículo 22 de la ley 222 de 1995.

Ahora, toda sociedad está en la obligación de preparar y difundir estados financieros de propósito general, debidamente certificados a fin de cada ejercicio y por lo menos una vez al año, el 31 de diciembre, como lo dispone el artículo 34 de la ley antes citada; labor de preparación, elaboración y difusión, que deben cumplir el representante legal, el administrador, contador y revisor fiscal de la sociedad, siendo claro el artículo 19 del Decreto 2649 de 1993 al decir: ***“Los estados financieros cuya preparación y presentación es responsabilidad de los administradores del ente, son el medio principal para suministrar información contable a quienes no tienen acceso a los registros de un ente económico. ..”*** (resalte fuera de texto); fuera que el artículo 42 de la ley 222 de 1995, determina que los administradores y revisor fiscal responden por los perjuicios que le puedan causar a la sociedad, a los socios o a terceros por la no preparación y difusión de los estados financieros.

Y cuando se trata de estados financieros certificados deben llevar el aval del representante legal y contador público bajo cuya responsabilidad se hubiesen preparado los estados financieros - art. 37 ley 222 de 1995-.

Así mismo, es deber de los administradores al finalizar cada ejercicio contable presentar a la Asamblea o Junta de socios para su aprobación o improbación, fuera de los estados financieros de propósito general un informe de gestión, conforme a los lineamientos previstos en los artículos 46 y 47 de la ley de marras.

Es así, que cuando el administrador es a su vez socio del ente jurídico, le queda vedado votar los balances y cuentas de fin de ejercicio, como expresamente lo consagra la parte *in fine* del artículo 185 del Código de Comercio, al decir: "Tampoco podrán votar los balances y cuentas de fin de ejercicio ni las de la liquidación", esto por cuanto, dentro de sus deberes de lealtad, buena fe y diligencia, no puede intervenir con imparcialidad en la aprobación o improbación de unos estados financieros preparados y difundidos por él mismo, siendo esa la verdadera esencia de la prohibición, es decir, lo que se busca es evitar que sea juez y parte.

Si analizamos el contenido del acta 043 del 26 de abril de 2013 (fl. 8 C1), motivo de impugnación, el representante legal de la sociedad para ese entonces, James Alexander Kostohryz Vergara, dejó plasmado que aunque para los años 2006 a 2010 se llevó la contabilidad en debida forma, la gerente de ese entonces Gloria Vergara, no presentó estados financieros durante cada ejercicio, como tampoco informes de gestión, por tal razón, presenta a consideración de la Junta de Socios dichos estados financieros.

Es *a fuer*, que si la socia no presentó estados financieros durante los respectivos ejercicios que fungió como gerente de la sociedad, siendo otro el administrador quien adelanta el proceso de verificación

establecido en el artículo 57 del Decreto 2649 de 1993<sup>1</sup>, no se presentarían los elementos objetivos que le impedirían entrar a votar los balances en donde no tuvo ninguna participación.

Entonces, la prohibición aludida, se configura cuando concurren dos factores; i) que el administrador forme parte del proceso de elaboración de estados financieros, convalidando o dando fe de su concordancia con los libros contables de la sociedad y, ii) que ese mismo administrador intervenga en la asamblea o junta de socios para aprobar o improbar los estados financieros, con independencia que para ese momento siga ostentando la administración.

En este caso, se echa de menos el primer presupuesto, debido a que los balances fueron elaborados y presentados en forma irregular muchos años después, por un administrador distinto, en esa medida, no se configuraría el problema ético que pretende corregir la norma, habida cuenta que ni en la contabilidad y menos en los estados financieros intervino la socia.

3. Es palmar, que la sociedad al contar con unos libros de contabilidad, que gozan de presunción de veracidad<sup>2</sup>, de los cuales se extraen los balances, cuyo cotejo y verificación se adelantó por un gerente distinto al socio que en su momento debió presentarlos, en este caso James Alexander Kostohryz Vergara, la socia Gloria Elena Vergara no estaría votando sus propios actos, por la potísima razón que no es quien verifica o certifica los estados financieros.

Es así, que la prohibición hunde sus raíces, precisamente, en esos principios de lealtad y buena fe, que le impiden al administrador y

---

<sup>1</sup> Por su parte el artículo 37 de la ley 222 de 1995 dispone en su parte pertinente: "...*la certificación consiste en declarar que se han verificado previamente las afirmaciones contenidas en ellos, conforme al reglamento, y que las mismas se han tomado fielmente de los libros*" (negritas fuera de texto)

<sup>2</sup> Ver inciso final artículo 252 Código de Procedimiento Civil y artículos 68 a 74 Código de Comercio

a la vez socio, participar en la aprobación o improbación de un acto preparado y certificado por él mismo, en este caso, la presentación de estados financieros, pues, se *itera*, esa labor la efectuó otro administrador, luego, no le asiste razón al *a quo* al afirmar que se estructura la prohibición y en esa medida el fallo deberá ser revocado.

Otras son las consecuencias que se puedan desencadenar contra el administrador por parte de la sociedad, los socios y terceros, por la no presentación oportuna de los balances como lo prevé el artículo 42 de la ley 222 de 1995

4. La misma suerte debe correr el informe de gestión, que debió haberse presentado en cada ejercicio contable conforme a la ley y los estatutos, ya que en el acta objeto de impugnación, se reprocha que el informe no es rendido por quien desempeñó la administración, sino por otro administrador, diciendo James: "Debido a que es un requisito legal presentar informe de gestión acompañado a un estado financiero he cumplido con ese requisito limitándome a aquellos asuntos de la cual tengo conocimiento" (fl. 11 C1).

Y de haber sido presentados directamente por Gloria Elena, la prohibición de que trata el artículo 185 del Código de Comercio no cobija los informes de gestión, no siendo posible la aplicación analógica como bien lo afirmó la misma Superintendencia de Sociedades al afirmar:

"No existe impedimento legal para que los administradores que sean a la vez socios o asociados expresen su voto en relación con el informe de gestión, pues so pretexto de la previsión contenida en el artículo 185 del Código de Comercio, no sería posible pretender su aplicación analógica, si se tiene en cuenta que se trata de una norma de carácter eminentemente restrictivo que en virtud de las claras reglas de hermenéutica jurídica, no puede hacerse extensiva a casos similares" (Ofi. 220-38083, jul. 9/89)

En suma, la socia Gloria Elena Vergara Támara estaba facultada para votar los estados financieros presentados y certificados por James Alexander Kostohryz Vergara, por el período 2006 a 2010 debido a que no intervino en su verificación y certificación, amén que la prohibición no se contempla para el informe de gestión presentado por un administrador distinto, lo que indica que el fallo de instancia se debe revocar y en su lugar declarar probada la excepción propuesta con condena en costas en ambas instancias a la parte actora.

### **DECISION**

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Civil - Familia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** sentencia de abril 17 de 2015, proferida por la Superintendencia de Sociedades dentro del proceso de impugnación de actas promovido por Hernando José Vergara Támara contra la sociedad HERNANDO VERGARA TAMARA Y CIA LTDA.

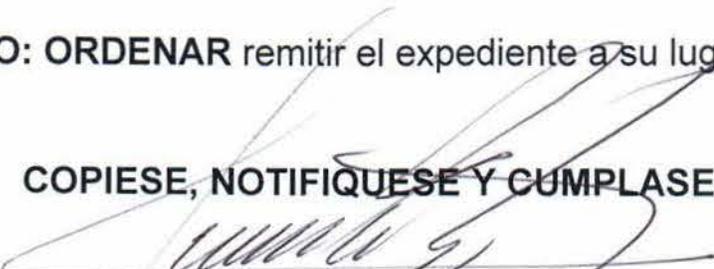
**SEGUNDO: DECLARAR** probada la excepción de "inexistencia de los supuestos fácticos en que se fundamenta lo pretendido", propuesta por el apoderado de la parte demandada.

**TERCERO: NEGAR** las pretensiones formuladas a través de abogado por Hernando José Vergara Támara contra la sociedad HERNANDO VERGARA TAMARA Y CIA LTDA.

**CUARTO: CONDENAR** en costas en ambas instancias a la parte actora. Fijas como agencias en derecho en esta instancia la suma de \$ 500.000oo.

**QUINTO: ORDENAR** remitir el expediente a su lugar de origen.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**



**MARCOS ROMÁN GUÍO FONSECA**

**Magistrado Ponente**



**OMAR ALBERTO GARCIA SANTAMARIA**

**Magistrado**



**RAMON ALFREDO CORREA OSPINA**

**Magistrado**