

OFICIO 220- 191512 31 DE AGOSTO DE 2023

ASUNTO SOCIEDAD ANÓNIMA - MANDATO OCULTO.

Me refiero a su comunicación radicada en esta entidad con el número de la referencia, por medio de la cual plantea las siguientes inquietudes:

- “1. ¿Se puede constituir una sociedad anónima con un socio actuando mediante mandato oculto o sin representación?**
- 2. ¿Quién paga el aporte social: ¿el mandante o el mandatario?**
- 3. ¿Qué sucede con el afectio societatis en un contrato de mandato?”**

Sobre el particular, me permito manifestarle que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el artículo 11, numeral 2 del Decreto 1736 de 2020 y el artículo 2 (numeral 2.3) de la Resolución 100-000041 del 2021 de esta Entidad, emite conceptos de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, que no se dirigen a resolver situaciones de orden particular, ni constituyen asesoría encaminada a solucionar controversias o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos o decisiones de los órganos de una sociedad determinada.

En este contexto, se explica que las respuestas en instancia consultiva no son vinculantes, no comprometen la responsabilidad de la Entidad, no constituyen prejuzgamiento y tampoco pueden condicionar ni comprometer el ejercicio de sus competencias judiciales o administrativas en una situación de carácter particular y concreto.

Con el alcance indicado, este Despacho procede a dar respuesta a su consulta en los siguientes términos:

En primer lugar, es preciso recordar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 374¹ del Código de Comercio, la Sociedad Anónima no podrá constituirse ni funcionar con menos de cinco accionistas.

Ahora bien, teniendo en cuenta que las inquietudes suponen la misma situación de

¹ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Código de Comercio. Decreto 410 de 1971, Artículo 374. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio_pr011.html#374

hecho y de derecho, basta para responder las mismas, citar lo señalado por este Despacho sobre el tema en el Oficio 220-099807² del 16 de mayo de 2023, por medio

del cual se pronunció respecto de la procedencia de la participación como accionista en una sociedad bajo la figura del mandato oculto, en los siguientes términos:

“(…)

Se dará respuesta única a estos interrogantes en el sentido que, en criterio de esta Oficina, si bien figuras contractuales tales como el mandato oculto, el de cuentas en participación, entre otras, se encuentran previstas por las legislaciones civil y comercial como instrumentos jurídicos para la realización de negocios, estima este Despacho que, en cuanto respecta al ámbito societario, en el que impera el elemento de la confianza derivado de la transparencia y la ética empresarial y dada la actual tendencia de prevención en la utilización de la herramienta societaria como instrumento para el delito, no resulta procedente participar como accionista, o administrador, de una compañía bajo la modalidad del mandato oculto.

En primer lugar, en cuanto concierne a la figura del mandato oculto, se tiene que conforme a lo dispuesto por el artículo 2177 del Código Civil, el mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre o al del mandante. Cuando el mandatario contrata a su propio nombre, no obliga respecto de terceros al mandante, en este evento surge la figura del mandato oculto que le permite al mandatario actuar en forma anónima a través de su mandante en el negocio principal al cual obedece el mandato.

Expuesta brevemente la figura del mandato oculto, permítase a esta Oficina presentar sus consideraciones sobre la inconveniencia de la misma en cuanto respecta a la participación de accionistas ocultos en el capital de una compañía.

Es así cómo, téngase en cuenta la preponderancia que, de tiempo atrás, se ha venido reconociendo a la transparencia pública en materia de negocios comerciales sobre los derechos particulares derivados de las relaciones que de ellos se deriven.

² COLOMBIA, SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-099807 (16 de mayo del 2023). Asunto: Sociedad por Acciones Simplificada – pacto entre accionistas-otros. Disponible en: <https://tesauro.supersociedades.gov.co/jsonviewer/SUBj3ogBVXsUG3mmSPbz>

Recuérdese cómo desde el año 1973, con la promulgación del decreto 1900 de ese año, fueron abolidas las acciones al portador con el único propósito de evitar facilitar el anonimato de los beneficiarios finales de una sociedad mercantil.

La lucha mundial contra delitos tales como LA/FT/PDADM ha establecido estándares multinacionales de transparencia que, lejos de coadyuvar en las pretensiones de anonimato de quienes delinquen, exigen que, cada vez más, en las relaciones comerciales prime el debido conocimiento entre extremos, razón de más para desvirtuar la condición de oculto del accionista, sujeto que debe resultar plenamente identificable por parte de la compañía, así como de sus pares dentro de la misma.

Por lo tanto, frente a los ingentes esfuerzos adelantados por los distintos estados para combatir flagelos tales como LA/FT/PDADM que requieren de sistemas de prevención que acudan a la debida diligencia en el conocimiento de los extremos de una operación comercial, no prevé esta Oficina que proceda, o resulte conveniente, la utilización de la figura del mandato oculto, o similares, para permitir la participación soterrada de un tercero en condición de accionista.

(...)

Para finalizar, y en el mismo sentido de lo expuesto hasta ahora, se recuerda la obligación de registro en el Registro Único de Beneficiarios finales establecido en el artículo 631-6 del Estatuto Tributario. Adicionalmente, lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 2195 de 2022 que es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 12. PRINCIPIO DE DEBIDA DILIGENCIA. La Entidad del Estado y la persona natural, persona jurídica o estructura sin personería jurídica o similar, que tenga la obligación de implementar un sistema de prevención, gestión o administración del riesgo de lavado de activos, financiación del terrorismo y proliferación de armas o que tengan la obligación de entregar información al Registro Único de Beneficiarios Finales (RUB), debe llevar a cabo medidas de debida diligencia que permitan entre otras finalidades identificar el/los beneficiario(s) final(es), teniendo en cuenta como mínimo los siguientes criterios:

1. Identificar la persona natural, persona jurídica, estructura sin personería jurídica o similar con la que se celebre el negocio jurídico o el contrato estatal.

2. Identificar el/los beneficiario(s) final(es) y la estructura de titularidad y control de la persona jurídica, estructura sin personería jurídica o similar con la que se celebre el negocio jurídico o el contrato estatal, y tomar medidas razonables para verificar la información reportada.

(...)

PARÁGRAFO 4o. Para efectos de cumplir con lo dispuesto en el presente artículo, las personas naturales, personas jurídicas, estructuras sin personería jurídica o similares tendrán la obligación de suministrar la información que le sea requerida por parte del obligado a cumplir con el presente artículo. PARÁGRAFO 5o. El incumplimiento de las disposiciones del presente artículo acarreará las sanciones respectivas previstas por cada una de las autoridades que ejerzan funciones de inspección, vigilancia y control para los obligados a cumplirlas.”

(...)”.

Por último, se pone de presente que en la página web de esta entidad puede consultar directamente la normativa, así como los conceptos que esta entidad ha emitido sobre las materias de su competencia, los cuales también podrá consultar en la herramienta tecnológica Tesauro.