

Oficio 220-042557 Del 30 de Abril de 2013

Ref.: Radicación 2013- 01- 074527

Los estatutos sociales, como todo contrato, son ley para las partes.

Aviso recibo del escrito en referencia, a través del cual formula las siguientes preguntas: }

□1. *¿Es posible que un socio o accionista de una sociedad se oponga al cumplimiento de lo establecido en el artículo 188 del Código de Comercio, por no estar de acuerdo con lo decidido por el órgano social en cumplimiento de los estatutos y la ley al no asistir a la junta o asamblea?*

2. *¿Cabe la posibilidad de que un accionista pueda determinar que cláusulas de los estatutos sociales le son aplicables en determinado caso, justificándolo en la inasistencia a la reunión donde se aprobaron las reformas, así estas se hayan autorizado con las mayorías y formalismo establecidos en la ley y los estatutos?*

3. *¿Puede un accionista desconocer algún articulado de los estatutos sociales alegando no conocerlos o no haber manifestado su voluntad de aceptarlos?*

4. *¿Puedo pedir que se me aplique en una transformación societaria que no aprobé lo que considero que me parece beneficioso de los nuevos estatutos sociales, pero no la totalidad del articulado?*

5. *¿Es admisible que un accionista determine sólo aplicar y reconocer algunos artículos de los estatutos, y no como un contrato integral que regula y determina las relaciones entre los socios?*

Sobre el particular, es preciso indicarle que el Despacho responde negativamente los interrogantes planteados, por cuanto de acuerdo con la Legislación Civil, **□Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o causas legales**□ (Art. 1602 □ Destacado fuera de texto), principio del que no es ajeno el contrato de sociedad definido en el artículo 98 del Código de Comercio como el contrato a través del cual dos o más personas voluntariamente deciden mediante un aporte crear una empresa con el fin de repartirse entre sí las utilidades que produzca el desarrollo de la actividad social, contrato que se materializa y concreta a través de los estatutos sociales que contiene el conjunto de reglas y pautas que determinan el funcionamiento de la compañía, de sus órganos sociales, su administración, hasta el procedimiento para la extinción de la misma del mundo jurídico, entre otros aspectos (Art. 110 del Cód. Cit.), por lo que las cláusulas inicialmente previstas y las que posteriormente sean introducidas como resultado de reformas introducidas al contrato social son de obligatorio cumplimiento y observancia por parte de quienes no solo participaron en su redacción inicial sino imperativas para aquellos que durante la existencia de la persona jurídica se vinculan a la misma, a través de una suscripción de acciones; enajenación, cesión o adjudicación de cuotas sociales o acciones, por ejemplo. Sobre el tema □**las manifestaciones de la voluntad de los particulares pasan a convertirse en verdaderas normas jurídicas, dotadas de los atributos propios de estas, ente ellos de la obligatoriedad, en cuya virtud las partes quedan ligadas por sus propios actos, como lo estarían si las prestaciones que estipulan libremente fueran impuestas por el propio legislador**□ (G. Ospina Fernández y E. Ospina Acosta, Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico - 7ª Ed., 2005, Bogotá, Editorial Temis).

Ahora, si bien los términos de las cláusulas sociales son de obligatorio cumplimiento por parte de los asociados y de los administradores de la misma, tanto que en ejercicio de sus cargos a ellos corresponde velar por el estricto cumplimiento de la ley y de los estatutos so pena de responder solidaria e ilimitada de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros, sumado a que su inobservancia o violación puede dar lugar a la imposición de sanciones o multas por parte de la Entidad que sobre el ente social ejerce supervisión (Arts. 22, 23 Núm. 2º; 24 concordante con el 86 Núm. 3º de la Ley 222 de 1995), no es menos cierto que es el mismo legislador quien prevé en el artículo 190 del Cód. Cit. las sanciones de las que pueden adolecer las decisiones del máximo órgano social cuando éstas no se ajustan a las prescripciones legales y/o estatutarias. Allí claramente se lee que son ineficaces de pleno derecho, las decisiones que se adopten en contravención a lo prescrito por el artículo 186 ibídem en cuanto a convocatoria y quórum; absolutamente nulas las que se adopten sin el número de votos establecidos en los estatutos o en las leyes o excediendo los límites del contrato social, caso en el cual se requiere declaratoria judicial; mientras que las que no tengan carácter general, conforme al artículo 188, son inoponibles a los socios ausentes o disidentes.

Sobre el particular, la Entidad ha expresado que tratándose de ineficacia y pese a que según el artículo 897 del Código Cit., ésta supone que el acto viciado no produce efecto alguno sin necesidad de declaración judicial, el parágrafo 1º del artículo 87 de la mencionada Ley 222, modificado por el artículo 152 del Decreto 19 de 2012, determina que **□El reconocimiento de los presupuestos de ineficacia en los casos señalados en el Libro Segundo del Código de Comercio, será de competencia de la Superintendencia de Sociedades de oficio en ejercicio de funciones administrativas, en sociedades no sometidas a la vigilancia o control de otra Superintendencia. A solicitud de parte sólo procederá en los términos del artículo 133 de la Ley 446 de 1998.**□. (Negrilla nuestra).

En cuanto a la nulidad se tiene que de acuerdo con el artículo 191 *Ibídem.*, los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes, en el caso de sociedades no vigiladas por esta Superintendencia, podrán impugnar ante los jueces las decisiones y actos de la asamblea general, junta de socios o juntas directivas, cuando se den los presupuestos y siguiendo el procedimiento que señala el 421 del Código de Procedimiento Civil.

Tratándose de sociedades vigiladas por esta Superintendencia, mediante el proceso verbal sumario, según los términos del artículo 137 de la Ley 446 Cit., preceptiva que en los términos del Código General del Proceso Art. 626, Lit. c- quedará derogada a partir del 1º de enero de 2014, pese a lo cual también podrá invocarse la atribución prevista en el artículo 24, Núm. 5º, lit. c) del Código General Cit. que determina la competencia de la Superintendencia de Sociedad, en ejercicio de funciones jurisdiccionales, en los siguientes términos *La impugnación de actos de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas sometidas a su supervisión. Con todo, la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven del acto o decisión que se declaren nulos será competencia exclusiva del Juez* . (Art. 24, Núm. 5º del Código General del Proceso).

Con lo expuesto queda en claro que en materia de decisiones de asamblea general de accionistas y de junta de socios, la validez y obligatoriedad de las mismas depende de que se hayan adoptado con el lleno de los requisitos legales y/o estatutarios en cuanto a convocatoria, quórum y que la misma se haya adoptado con el número de votos exigido en la ley o en el contrato social, y que dichas decisiones ostenten carácter general (artículo 188 C. Co). Ahora bien, si las determinaciones adoptadas implican reformas estatutarias, las mismas producen efectos entre los asociados desde el momento en que se adoptan, y frente a terceros desde el día en que la correspondiente escritura pública se inscribe en el registro mercantil (Artículo 158 *Ibídem.*).

Para finalizar e ilustrar a la consultante sobre algunos de los temas aquí tratados, se trae a colación apartes del Oficio 220- 50244 de 30 de agosto de 1998, oportunidad en la que la Entidad se refirió en los siguientes términos:

(.)

REFORMAS ESTATUTARIAS:

(.)

*Para responder su interrogante se debe tener en cuenta que **es facultativo de la asamblea general de accionistas modificar las cláusulas estatutarias y que la reforma estatutaria aprobada es de obligatorio cumplimiento** para los asociados desde el mismo instante en que fue aprobada.*

Sobre este tema se pronunció este Despacho en el oficio 220- 15057 del 7 de abril de 1998, de los siguientes términos:

1.- *En una sociedad **todo poder emana del Máximo Órgano Social**, el cual constituye el órgano deliberante de la compañía, conformado por los asociados directamente o por sus apoderados legalmente constituidos, de acuerdo a lo prescrito por los artículos 184 y 185 del Código de Comercio, reunidos en las condiciones fijadas en los estatutos o en la ley y **sus decisiones son la concreción de la llamada voluntad social.***

2.- *Si bien el Estatuto Mercantil, permite dentro de la autonomía de la voluntad privada, que los asociados convengan libremente aquellas estipulaciones que sean convenientes a sus intereses particulares y colectivos, tal libertad está limitada, en el caso de las sociedades comerciales, a los convenios que sean compatibles con la índole de cada tipo societario, amén de que no vulneren normas de carácter imperativo (Ordinal 14 del artículo 110 del Código de Comercio).*

3.- ***El contrato de sociedad puede contener cláusulas de muy diversa índole.** Así mientras muchas de sus estipulaciones son **de interés exclusivo de los asociados**, como ocurre con las que reglamentan la forma de repartir las utilidades sociales, el ejercicio de los derechos de preferencia, de voto y de inspección o los relacionados con la forma de composición de la Junta Directiva de la compañía, en la cual se fijan ciertos requisitos que cobijan de manera general a todos los asociados, en el sentido de que deben reunir ciertas condiciones para llegar a ella, **otras estipulaciones trascienden al mundo externo** y afectan en mayor o menor grado los intereses de terceros, por cuya razón merecen, con mayor justificación que las primeras, una adecuada publicidad.*

Tal ocurre con las cláusulas que tienen que ver con el objeto social, que delimita la capacidad legal de las compañías así como aquellas que regulan lo relacionado con la representación legal. Dentro de estas últimas, revisten particular importancia para los terceros, aquellas estipulaciones que establecen limitaciones a las facultades de los representantes legales.

4.- *Ahora bien, es claro **que la autonomía de la voluntad privada**, que opera en el caso que nos incumbe, **emana fundamentalmente de un acto de las partes**, que no **puede ir en contra de una normatividad legal previamente fijada** y que abarca el orden público y las buenas costumbres.*

(...)

*A este respecto el profesor José Ignacio Narváez señala: **Ciertamente las estipulaciones del pacto social o las decisiones de los órganos corporativos no pueden vulnerarlos, y menos aún hacer tabla rasa de ellos. Por su legitimidad se reputan intangibles y en verdad pugna con el más elemental sentido de***

justicia que a cualquiera de los socios se le cercenen. Ni el régimen convencional ni órgano social alguno o la autoridad pública tienen competencia para abolirlos o cercenarlos. Por eso se afirma que son inviolables. Inclusive se consideran irrenunciables mientras el respectivo derecho no se genere en favor del asociado. Sólo una vez concretizado, el socio puede dejar de ejercerlo (Teoría General de las Sociedades. Séptima Edición actualizada, 1996, pág. 144). □

Ahora bien, es claro que todas las decisiones de los órganos sociales deberán sujetarse a la ley y a los estatutos, en el evento que desatiendan el mandato contenido en estos, podrá impugnarse la decisión respectiva, caso en el cual es del resorte exclusivo del funcionario retirar de la vida jurídica, la respectiva decisión, cuando compruebe que la misma los viola.

INEFICACIA Y NULIDAD:

La ineficacia es una sanción legal que opera por disposición de la ley y únicamente para las situaciones expresamente establecidas en ella.

Al respecto el artículo 190 del Código de Comercio regla la materia en los siguientes términos:

□ Las decisiones tomadas en una reunión celebrada en contravención a lo prescrito en el artículo 186 serán ineficaces, las que se adopten sin el número de votos previsto en los estatutos o en las leyes, o excediendo los límites del contrato social, serán absolutamente nulas, y las que no tengan carácter general, conforme a lo previsto en el artículo 188, serán inoponibles a los socios ausentes o disidentes. □

A su vez el citado artículo 186 hace relación a los artículos 427 y 429 del Estatuto Mercantil; el primero de ellos fue derogado tácitamente por el artículo 68 de la Ley 222 de 1995 y el segundo fue modificado expresamente por el artículo 69 de la citada ley.

Por lo tanto, el quórum y las mayorías fueron modificados por el artículo 68 en los siguientes términos:

□ Artículo 68. QUORUM Y MAYORIAS: La asamblea deliberará con un número plural de socios que represente, por lo menos, la mitad más una de las acciones suscritas, salvo que en los estatutos se pacte un quórum inferior.

Con excepción de las mayorías decisorias señaladas en los artículos 155, 420 numeral 5o. y 455 del Código de Comercio, las decisiones se tomarán por mayoría de los votos presentes. En los estatutos de las sociedades que no negocien sus acciones en el mercado público de valores, podrá pactarse un quórum diferente o mayorías superiores a las indicadas. □

En consecuencia solamente las decisiones que se refieren a la distribución de utilidades, disposición del derecho de preferencia en la emisión de acciones y pago de dividendo en acciones liberadas, tienen una mayoría especial consagrada en los artículos antes citados, las demás decisiones se adoptarán por mayoría ordinaria, salvo que en los estatutos se haya pactado una mayoría superior, siempre que la sociedad no negocie sus acciones en bolsa.

(□.)

Además de la regla establecido en el artículo 190 del Código de Comercio, el artículo 433 de la misma obra, expresamente establece la ineficacia para las decisiones adoptadas en una reunión de asamblea general de accionistas, en contravención a las reglas prescritas en la sección I del capítulo III Título VI del Libro Segundo del Código de Comercio (contempladas en los artículos 419 a 433), entre las cuales no se encuentran las decisiones que se adopten en contravención de los estatutos sociales, por lo tanto, tales decisiones no serán ineficaces, toda vez que la ineficacia solamente opera para los casos expresamente estipulados en la ley.

Establecido que no se presenta ineficacia en las decisiones adoptadas contrariando los estatutos sociales, veamos si se presenta nulidad:

a).- Los estatutos sociales determinan los límites del contrato social y son ley para los asociados.

b).- El artículo 190 del Código de Comercio establece que □ las decisiones que se adopten excediendo los límites del contrato social son absolutamente nulas. □

c).- Una reforma estatutaria opera desde el momento en que es aprobada por el máximo órgano social.

d).- En consecuencia, las decisiones adoptadas por la asamblea general de accionistas que eventualmente contravengan las estipulaciones estatutarias son nulas, decisión que corresponde al funcionario que conozca de la respectiva impugnación, previo el trámite que corresponda.

RESPONSABILIDAD

En cuanto a las responsabilidades, la ley no hace alusión a la responsabilidad de los asociados por sus decisiones sociales, no obstante, es bien sabido que **toda persona debe obrar en todos sus actos en forma ajustada a la ley y el contrato social, como ya se dijo, es ley para las partes, por lo tanto es de obligatorio cumplimiento para los socios de una compañía.**

Caso diferente es la responsabilidad que tiene el representante legal, toda vez que la Ley 222 en su artículo 24 establece que los administradores responderán solidaria e ilimitadamente por la culpa o dolo en sus actuaciones, cuando con ella causen daño a la sociedad, a los asociados o a terceros. En cuanto a la exoneración de responsabilidad, ella es taxativa para los siguientes casos:

- a).- Cuando no han tenido conocimiento de la acción u omisión.*
- b).- Cuando hayan votado en contra la decisión, en el entendido de que no la ejecuten.*

Concretamente, en cuanto a su inquietud, se observa que los asociados en desarrollo de la autonomía de la voluntad que la ley les reconoce, decidieron consagrar en los estatutos una regla propia en cuanto a los impedimentos para ser elegidos miembros de la junta directiva, limitante que a juicio de este Despacho es factible de pactar, toda vez que no se relaciona con la elección y la duración de sus miembros y las funciones propias e indelegables del Máximo Órgano Social, como las de reformar los estatutos, aprobar los balances, la distribución de utilidades, etc.; sino que apunta a evitar que los miembros de la junta directiva de la sociedad, utilicen los conocimientos que poseen por su condición de tales, en las decisiones que adopten como miembros de juntas directivas de sociedades con el mismo objeto social.

Por las razones expuestas, este Despacho considera que pactar una reforma estatutaria en los términos citados en su comunicación no contravendría la ley y que la misma una vez adoptada se convertiría en ley para los asociados, por lo tanto el socio que se encuentre dentro de las inhabilidades pactadas, no puede postularse a la elección de junta directiva, toda vez que en su calidad de socio está obligado a acatar los estatutos de la compañía, obligación que es extensiva a los demás socios, en consecuencia al momento de votar, cada uno debe respetar el contrato social.

En cuanto a las consecuencias que puede traer tal decisión para la asamblea general de accionistas, le manifiesto que si efectivamente la persona postulada y elegida como miembro de la junta directiva se encontraba dentro de la causal de inhabilidad pactada en la reforma estatutaria, la decisión sería nula, no obstante, una determinación en tal sentido requiere pronunciamiento del juez del conocimiento, quien evaluará las circunstancias particulares del caso que se somete a su estudio.
(□.)□.

En los anteriores términos se ha dado respuesta a su escrito, no sin antes manifestarle que los efectos son contemplados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Para mayor información e ilustración sobre temas societarios, se sugiere consultar la página de Internet de la Entidad (www.supersociedades.gov.co) o examinar los libros de Doctrinas y Conceptos Jurídicos y Contables publicados por la Entidad.