

Oficio 220-077829 del 28 de mayo de 2009

Asunto: En un derecho inherente a la calidad de accionistas participar en las deliberaciones de la asamblea general y votar en ella. Competencia Desleal.

Me refiero a su escrito remitido a esta Entidad con el número 2009-01-137377, por medio de la cual eleva una consulta en los siguientes términos:

Se trata de una primera sociedad anónima dentro de la cual como accionista forma parte otra segunda sociedad, que a su vez tiene importante participación en otra tercera empresa competidora de la primera.

Con el suficiente número de acciones que le permiten a la segunda sociedad elegir administradores (miembros directivos) en las empresas primera y tercera, los demás accionistas de esta segunda empresa contando con las mayorías que establece el artículo 25 de la ley 222 de 1995, denegaron la posesión de los miembros directivos elegidos por la sociedad que me interesa, argumentando al efecto el factor de competencia a la cual alude el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Que las empresas en comento derivan su competencia justamente en razón del conocimiento especial que tiene su principal accionista, y que por diferencias ocurridas al seno de la primera empresa, el propietario de las acciones en ella, resolvió constituir una tercera empresa mediante la cual podría ejecutar conforme a su propio criterio y apreciado conocimiento el cumplimiento de sus actividades comerciales.

En razón a que ninguno de los administradores elegidos y rechazados por los demás accionistas en la primera empresa, tiene vínculo de parentesco alguno con directores de la empresa competidora, y al hecho que estos de manera alguna han incurrido en conducta que permita encausarlos en acción de responsabilidad, por no haberse abstenido a la realización efectiva de actos que se puedan considerar de competencia desleal para con la empresa de la cual no pudieron posesionarse como sus directivos. A ustedes según lo expuesto, con mi acostumbrado respecto solicito me informen:

¿Si por cuenta de la competencia que efectivamente se presenta entre dos compañías (primera y tercera) la accionista común pierde derecho a elegir los miembros directivos en las respectivas sociedades?

Sea lo primero manifestarle que de conformidad con los artículos 25 del Código Contencioso Administrativo, y 2, numeral 18 del Decreto 1080 de 1996, es función de la Superintendencia de Sociedades la de absolver las consultas que se le formulen sobre asuntos de su competencia de manera general y abstracta.

El caso consultado se refiere a un caso particular, y aunque un poco confuso el despacho se ocupará del tema en forma generalizada, y bajo el entendido de que lo consultado es si un socio que tiene participación en tres sociedades con objeto similar, con una importante participación accionaria en las mismas que le permiten, según se lee, conformar una mayoría decisoria para designar siempre a los administradores en dos de los entes societarios que interesan al peticionario, pierde su derecho a votar en la elección de miembros directivos en las respectivas sociedades, manifestando además, que ninguno de los administradores elegidos y rechazados por los demás accionistas en la primera empresa, tiene vínculo de parentesco alguno con directores de la empresa competidora, y al hecho que estos de manera alguna han incurrido en conducta que permita encausarlos en acción de responsabilidad, por no haberse abstenido a la realización efectiva de actos que se puedan considerar de competencia desleal para con la empresa de la cual no pudieron posesionarse como sus directivos.

Al respecto, para responder las inquietudes propuestas en su comunicación, se considera del caso abordar el tema teniendo en cuenta los siguientes dos puntos de vista:

1. La no inamovilidad de los administradores y el derecho de los socios a votar las decisiones del máximo órgano social.

En lo que tiene que ver con la primera parte de la pregunta, resulta oportuno tener en cuenta que la prohibición de la inamovilidad de los administradores, prevista en el inciso 3º del artículo 198 del Código de Comercio, debe revisarse en cada caso a la luz de las reglas estatutarias que establecen las mayorías decisorias comunes diferentes a las establecidas en la ley, para determinar la ingerencia que en las decisiones sociales puedan tener los socios administradores. Para el efecto, le informo que sobre el particular, esta Superintendencia mediante oficio número 220-023984 del 4 de marzo de 2008, se pronunció en el siguiente sentido:

se ha de señalar que el inciso 3º del artículo 198 del Código de Comercio, consagra el llamado principio de la no inamovilidad, por cuya virtud se tendrán por no escritas, o lo que es lo mismo, no producirán efecto alguno, sin necesidad de declaración judicial, las cláusulas de los estatutos que tiendan a establecer la inamovilidad de los administradores, o que exijan para su remoción mayorías especiales distintas de las comunes (artículo 897 C.Co).

En aplicación de la citada disposición, se debe entonces analizar en cada caso si los estatutos de la sociedad contemplan cláusulas encaminadas hacia la inamovilidad de los administradores, o si establecen mayorías para su remoción superiores a las mayorías ordinarias o comunes consagradas en la ley o en los propios estatutos. En este último evento, si la mayoría estipulada para la remoción de los administradores es la misma mayoría común consignada en los estatutos, independientemente de que se trate de una mayoría decisoria elevada, se ha de concluir que no se vulnera la prohibición a que alude el inciso tercero del artículo 198 del Estatuto Mercantil. A este respecto esta Superintendencia expresó:

□ En ese orden de ideas y considerando que es taxativo el presupuesto de donde deriva la sanción legal, para determinar si la cláusula objeto de su consulta vulnera la prohibición que la norma citada consagra y si por ende, se predica de ella la aludida sanción, es necesario examinar la misma dentro del contexto de los estatutos de la sociedad, pues en la medida en que la mayoría estipulada para remover o destituir al representante legal, coincide con la mayoría común u ordinaria que éstos contemplan, resulta claro en concepto de este Despacho, que no pueden negarse sus efectos, independientemente de cual sea la mayoría prevista para la designación. □ (Oficio 220-000663 del 9 de Enero de 2007)

Del concepto citado se desprende que si la mayoría pactada para la remoción del representante legal es igual que la mayoría ordinaria, así dichas mayorías se calculen sobre porcentajes significativos de capital o de acciones, cuotas o partes de interés representadas en la respectiva reunión, no se infringe la prohibición del inciso tercero del artículo 198 del Estatuto Mercantil en lo que al establecimiento de mayorías se refiere.

Ahora bien, respecto de la posibilidad de que el socio que a su vez detenta la calidad de representante legal pueda votar su propia designación, este Despacho mediante Oficio 220-32429 del 8 de junio de 1998 manifestó:

□ Sin embargo, existe otra serie de derechos de carácter inderogable y los cuales no pueden, siquiera, ser alterados por acuerdo estatutario o por consentimiento de los asociados dentro de una reunión del máximo órgano social, como son, el del voto, el de impugnación de las decisiones del órgano rector, el de participar en las utilidades o el de inspeccionar los libros y documentos del ente moral.

En relación con el derecho al voto, la legislación colombiana lo reconoce como un derecho esencial y consagra de manera expresa aquellos casos en los cuales no es posible su ejercicio, hipótesis que no obedecen al capricho del legislador, sino a la confrontación de dos intereses de los cuales debe ceder el correspondiente al derecho al voto. Así se tiene que de conformidad con el artículo 185 del C. de Co. el socio que tenga la condición de administrador o empleado no puede votar los balances de la compañía.

En este orden de ideas, no existe dentro de la legislación mercantil, norma alguna que le prohíba a un accionista votar su postulación para representante legal o integrante de una lista para conformar una junta directiva. □

Del concepto transcrito se colige que por ser el derecho al voto de carácter inderogable y esencial, el mismo no puede ser alterado ni desconocido estatutariamente ni por el consentimiento de los asociados en una reunión de máximo órgano social, salvo en los casos expresamente consagrados en el artículo 185 del Código de Comercio, en el que se establece que los socios o accionistas que a su vez ostentan la calidad de administradores o empleados de la sociedad no pueden votar los balances o cuentas de fin de ejercicio ni las de la liquidación.

Lo anterior significa que no existe prohibición alguna para que el socio que al mismo tiempo es representante legal de la compañía, participe en la votación del órgano competente en la que se decide sobre su reelección, ni mucho menos para que pueda votar en el nombramiento de un nuevo administrador.

Situación distinta ocurre en el evento en el que lo que se discute es la remoción del gerente que al mismo tiempo detenta la condición de socio, en donde pudiendo coexistir dos intereses contrapuestos, el de la sociedad de remover al administrador y el de éste de continuar en el ejercicio de dicho cargo, podría configurarse un conflicto de intereses, lo cual traería como resultado que el socio tuviera que abstenerse de participar en la votación en la que se decide sobre su remoción como representante legal (artículo 23 Num. 7º Ley 222 de 1995).

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, se procede a continuación a dar respuesta a sus interrogantes.

□ 1.-) Teniendo en cuenta lo señalado en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, así como de lo dispuesto en la Circular Externa No. 020 de 1997 expedida por la Superintendencia de Sociedades y al concepto No.220-48925-24 de septiembre de 2004, al convocarse y realizarse una Junta General de Socios que considere la remoción y el nombramiento del representante legal-bajo las circunstancias de la empresa ya señaladas, puede el administrador (gerente) / socio de la empresa participar y votar o tomar determinaciones en la Junta que impliquen la remoción de su cargo y nombramiento de un nuevo gerente? ó debe excluirse de tal decisión para no incurrir en un conflicto de interés?. □

De acuerdo con lo aquí manifestado, cuando lo que se discute en la reunión del máximo órgano social, es la proposición de remover al representante legal que al mismo tiempo ostenta la calidad de asociado, tal circunstancia puede dar lugar a un conflicto de intereses, valga decir, el de la compañía de remover al gerente que al mismo tiempo es socio y el de aquel de continuar en el ejercicio de su cargo, situación esta que imposibilita al socio-administrador para participar con su voto en la correspondiente determinación (artículo 23 Num. 7º Ley 222 de 1995).

De otro lado, se ha de señalar que tal como aquí se indicó, no existe prohibición alguna para que el socio que a su vez es gerente de la sociedad, participe en la votación en la que se decide sobre el nombramiento de un nuevo representante legal.

2.-) *Bajo las mismas condiciones señaladas, se consulta a la Superintendencia de Sociedades si es legalmente posible al socio-gerente intervenir y oponerse con su voto a una reforma estatutaria que permita remover y nombrar al representante legal de la compañía con un quórum inferior al 80% que actualmente exigen los estatutos?.*

Con la aclaración consistente en que la remoción o designación de administradores no comporta una reforma estatutaria sino el simple desarrollo o ejecución del contrato social (artículo 163 C.Co), se ha de señalar que tal como se indicó en la respuesta precedente, es viable que el socio que al mismo tiempo detenta la calidad de representante legal de la sociedad, participe en la votación que decide sobre el nombramiento de un nuevo gerente, por lo que en la mayoría para la toma de tal determinación se habrán de tener en cuenta los votos del mencionado asociado, a diferencia de lo que ocurre en tratándose de la remoción de su cargo como representante legal, en donde en el supuesto de configurarse un conflicto de intereses, no se podrán considerar sus participaciones de capital para la toma de la respectiva decisión.

3.-) *En caso de que el socio-gerente que representa el veinticinco por ciento (25%) de la participación accionaria de la sociedad, debe excluirse de la votación que reforme estatutos sociales o designe representante legal, para no incurrir en un conflicto de interés, será válida la decisión adoptada por el setenta y cinco por ciento (75%) de los socios, cuando los estatutos sociales exigen un quórum del ochenta por ciento (80%) para la toma de decisiones?*

Por las razones expuestas en el presente oficio, no es jurídicamente viable excluir los votos del socio que a su vez es administrador, en la votación que decide en general sobre la reforma de los estatutos sociales y sobre el nombramiento del representante legal.

De otra parte, no corresponde a la Superintendencia de Sociedades, en ejercicio de su facultad legal de absolver consultas, pronunciarse sobre la validez de las decisiones que se adopten en las reuniones del máximo órgano social de una compañía. Sin embargo, en el caso planteado en su comunicación, es preciso tener en cuenta que las decisiones que se tomen sin el número de votos previstos en los estatutos o en la ley serán absolutamente nulas, en los términos del artículo 190 del Estatuto Mercantil.

4.-) *En caso de que el socio-gerente pueda oponerse al nombramiento de un nuevo representante legal y/o a la reforma estatutaria propuesta descrita con anterioridad, que otras medidas o trámites podrían adelantarse para cambiar a un gerente, que sería entonces inamovible?.*

En el evento en el que no resulte posible la toma de determinaciones en el máximo órgano social, se podrá acudir a la oficina de conciliación de la Superintendencia de Sociedades, como quiera que esta cuenta con facultades para obrar como conciliadora en los casos en donde se presenten conflictos entre los asociados y entre estos y la sociedad, con ocasión del desarrollo o ejecución del contrato social, como en el caso de nombramiento y remoción de administradores (artículo 163 C.Co y 2º Num. 2º Dec 1080 de 1996).

Como puede observarse, los asociados pueden votar las determinaciones de la asamblea, pues éste es un derecho derivado de la calidad de accionista.

2. Decisiones en las que exista conflicto de interés.

El artículo 23 de la Ley 222 de 1995, numeral 7º del Código mercantil, consagra que los administradores además de estar en la obligación de obrar con lealtad, buena fe y con la diligencia de un buen hombre de negocios, en interés de la sociedad y de los asociados, deberán *Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la*

sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas (resaltado es nuestro).

De la norma en cita se infiere claramente, que, si bien existe prohibición expresa para que los administradores participen en actividades que impliquen competencia con las operaciones que realiza la sociedad o ejecuten actos que comporten conflicto de intereses, no es menos cierto que el administrador interesado en su ejecución, bien podrá solicitar al máximo órgano social la autorización respectiva, caso en el cual estará en la obligación de aportar toda la información que sea relevante para la toma de la decisión, determinación de la cual se excluye el voto del mismo, si fuere asociado de la compañía.

En caso de no proceder de conformidad, y sin perjuicio de los juicios de responsabilidad y los efectos indemnizatorios que será lo que marque las implicaciones que pudieran sobrevenir en cada caso en particular (*asuntos competencia exclusiva de la justicia ordinaria*), tratándose de sociedades vigiladas (Decreto 4350 de 2006), esta Superintendencia podrá, previa investigación y evaluación de la queja y documentos allegados, formular los cargos que fueran del caso al respectivo administrador, a fin de que, si a ello hubiere lugar, impartirle la orden para que se abstenga de realizar los actos generadores del conflicto y disponer la remoción del mismo, si lo considera procedente. Tratándose de sociedades sujetas a inspección, quien tenga interés en el asunto, podrá solicitar la práctica de una investigación administrativa, de acuerdo con el numeral 5º del artículo 87 de la Ley 222 de 1995. .

En los anteriores términos se ha atendido su consulta, no sin antes manifestarle que el presente oficio tiene los alcances del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.