

220-71972

Asunto: Solicitud de Información por un miembro de junta directiva

Me refiero a su comunicación radicada en esta Entidad con el número 455.972-0, en la cual expone diferentes argumentos relacionados con la obligación que les asiste a los Gerentes para atender positivamente las solicitudes de información presentadas a título individual por un miembro de Junta Directiva y solicita el pronunciamiento de esta entidad en torno al tema..

Sobre el particular, la Superintendencia de Sociedades ha expuesto su criterio en diferentes oportunidades entre otras en los oficios que conviene retomar para efectos de propiciar el escenario para la conclusión.

1. Oficio EX 00635 de 16 de Enero de 1987, reiterado en Oficio 33850 de junio 9 de 1995:

"(...)

Es obvio que para el cabal desempeño de sus funciones y el cumplimiento de las obligaciones, la Junta Directiva debe tener fácil acceso a la información necesaria. Por lo tanto, si para llevar a efecto su tarea es indispensable la inspección y revisión de los libros o papeles de la sociedad, debe por consiguiente permitírsele en cualquier tiempo tal posibilidad. Es de anotar, que la atribución en mención, debe adelantarla el referido órgano Administrativo como tal, bien directamente o por medio de una comisión que de su seno se elija; pero en modo alguno puede un Miembro de la Junta Directiva de manera independiente al citado órgano, a motu proprio inspeccionar los libros y demás papeles sociales de la compañía, actuando en forma ajena, lo cual no es posible, por cuanto la Junta Directiva al ser un cuerpo colegiado, debe proceder como tal" (subrayas fuera de contexto).

2. Oficio 220- 57325 de octubre 22 de 1997

"(...) CONCLUSION:

Si bien es cierto que la Ley 222 de 1995 en su artículo 24 amplió la responsabilidad de los administradores hasta el punto de exigir la diligencia de un buen hombre de negocios, no por ello está autorizado un miembro de la junta directiva para actuar en forma independiente y separada del órgano social al que pertenece, por cuanto éste tiene carácter colegiado lo que obliga a que sus actuaciones obedezcan a decisiones adoptadas por la junta directiva como órgano social.

Cuando un miembro de la junta directiva considere que se requiere la revisión o análisis de un documento o documentos que reposen en poder de la sociedad, deberá recomendar a la junta directiva la realización de la correspondiente solicitud; si éste órgano social no aprueba tal petición, le asiste al miembro peticionario el derecho de solicitar que se deje constancia de su petición, en el acta o en los documentos relativos a su gestión, a efectos de poder demostrar la diligencia y sentido de responsabilidad de su actuación".

3. Oficio 220 - 3036 del 21 de enero de 2000

" (...) Ahora bien, en lo que hace al llamado derecho de información, predicable de los órganos de administración de una sociedad para el cumplimiento del mandato que les fuera encomendado legal y estatutariamente, éste se justifica en la necesidad de contar con la suficiente ilustración que les permita enterarse real y satisfactoriamente de la situación de la sociedad y así poder adoptar las decisiones que estime pertinentes.

Como quiera que en la realidad jurídica societaria, la presencia de personas naturales en los órganos de administración es meramente accidental, pues la que hoy están mañana quizá no, lo verdaderamente relevante es la permanencia de los órganos de dirección y la posibilidad de su proveimiento en cualquier momento. De allí la importancia de que los órganos de administración sean considerados objetivamente, esto es, independientemente de las personas que los conforman, y que éstos puedan ser removidos en cualquier tiempo, en sesiones ordinarias o extraordinarias.

Si bien es cierto que la legislación mercantil no regula el referido derecho de información, en el sentido de establecer hasta dónde llega la facultad de los administradores, especialmente la de los miembros de juntas directivas (independientemente de que a su vez, se detente la calidad de socio o accionista) y que, en principio, éstos estarían facultados para exigir y obtener todo tipo de información que su actividad demande, incluso aquella que por su naturaleza se encuentra reservada, no es menos cierto que de

acuerdo con lo arriba expuesto y conforme a lo establecido en los artículos 434 a 438 del Código de Comercio, en concordancia con el 198 y 199 ídem, el precepto contenido en el artículo 22 de 1995, que les reconoce la calidad de administradores, no puede entenderse como la extensión de facultades propias del órgano a cada uno de sus miembros individualmente considerados, echando de menos y de paso haciendo nugatoria la colegialidad y colectividad características de dicho órgano de administración, lo que impone la necesidad de que sea considerado objetivamente. (...)

En este orden de ideas, para los efectos del ejercicio de las funciones que legal y estatutariamente le corresponde a la junta directiva, sus miembros habrán de ceñirse a lo dispuesto en los estatutos sociales así como a los deberes, obligaciones y régimen de responsabilidad de que tratan los artículos 23 y 24 del Código de Comercio, lo cual no implica que so pretexto del derecho de información, y amparados en la calidad de administradores que les otorga la ley, estén facultados de manera individual para requerir a su arbitrio y sin limitación alguna, los documentos que su parecer indique, porque ello supondría, a más de una extralimitación de funciones, el desconocimiento a la ley de las mayorías y a la norma general de adopción de las decisiones de los órganos de composición colectiva, característica fundamental de la legislación societaria colombiana".

En contra de los argumentos planteados se acude al régimen de responsabilidad previsto en la Ley 222 de 1995, frente al cual no serviría supuestamente de excusa que los miembros de junta no puedan actuar en forma independiente y separada del órgano social al que pertenecen y además se aduce de manera general, que en las sociedades cerradas los socios mayoritarios terminan administrando la compañía en forma independiente.

Como preámbulo a la respuesta es conveniente citar un interesante artículo del Doctor Néstor Humberto Martínez en el cual se lee lo siguiente:

"(...)

Como efecto inmediato de las ideas liberales en Europa, la sociedad anónima se democratiza durante los siglos XVIII y XIX. Dos principios cardinales orientarán a partir de entonces el sistema de funcionamiento de las asambleas: el sufragio universal y la Ley de las mayorías. Esta concepción política del funcionamiento de las anónimas, que se abre paso en los códigos europeos de la época □ el francés de 1807 y el español de 1829-, hace tránsito a nuestra legislación: primero el código de comercio terrestre de 1887 y luego el código de comercio de 1971, pasando por la ley 58 de 1931 y el Decreto 2521 de 1950. Bajo ese esquema clásico los accionistas eran a su vez los directivos y administradores de la sociedad."

Desde luego, que tal afirmación no permite tajantemente discriminar cualquier posibilidad de protección para el accionista minoritario indefenso ante el poder de las mayorías; ante la desigualdad de poder, la legislación ha dado respuesta a través de precisos derechos y garantías que no pueden ser desconocidos al interior del ente social.

Así por ejemplo, el derecho de inspección, la distribución mínima de utilidades, el derecho de retiro, la legitimación para solicitar la disolución de la sociedad, el voto unánime para la reconstitución de la sociedad, la prohibición a los administradores para adquirir acciones de la sociedad mientras estén en ejercicio de sus cargos, elección de cuerpos colegiados por el mecanismo de cuociente electoral, posibilidad de solicitar la convocatoria del máximo órgano social, de efectuar la convocatoria directa en los casos de acción social de responsabilidad y legitimidad activa en la causa para iniciar la acción judicialmente, el derecho de impugnar las decisiones tomadas en contravención con los estatutos y con la ley, entre otros.

Mecanismos éstos propuestos por la ley para paliar los efectos causados por el imperio de la democracia al interior de la sociedad, que significa, en últimas, que quien conduce la sociedad es quien detenta la mayoría, quién tiene el poder de decisión es quién arriesga más inversión, sea en forma individual o en forma conjunta porque los congregan unos mismos intereses.

Es cierto que los asociados minoritarios a través del mecanismo del cuociente electoral tienen vocación para tener representación al interior de la Junta Directiva, sin embargo esto no les garantiza que su representación sea decisiva en la administración de la sociedad o se provoque un desplazamiento de los intereses de la mayoría hacia los intereses de las minorías. Lo ideal es una convivencia armónica de todos los asociados; sin embargo, no es esto lo usual en las sociedades y desde luego no es la situación planteada en su escrito, la de una sociedad cerrada con serios conflictos entre los accionistas, donde la administración desde luego es asumida por aquel extremo que tenga mayor poder de decisión, y donde impera el voto de la mayoría, ya que quien lo detenta es finalmente quien conduce el desarrollo del objeto social.

Ahora bien, en lo que corresponde al representante legal, es conveniente señalar que en su actuación debe obrar de buena fe, con lealtad y con diligencia de un buen hombre de negocios. Predicados que dice relación con la empresa y no con uno u otro grupo de accionistas, lo que implica que en cada actividad que desarrolle, el representante legal

ha de privilegiar el interés de la compañía en la gestión encomendada y en las relaciones con otros órganos de dirección como la junta directiva.

Desde luego, la circunstancia particular de que exista en la sociedad el enfrentamiento de intereses contrapuestos no da la patente para modificar el régimen propio de un órgano colegiado, y obligar al representante legal a admitir el efecto vinculante de la expresión de la voluntad de uno sólo de los miembros de la junta directiva con prescindencia del querer del órgano social que integra, para atender aquellas peticiones sobre las cuales pueden incluso disentir la totalidad de la junta descontando claro está su voto. Así mismo, no es coherente admitir, sin previsión legal, un trato diferente para los miembros de una junta directiva de una sociedad en conflicto frente a aquellas donde confluyen en forma armónica los intereses de todos los asociados.

Tal situación, no ha sido un criterio diferenciador establecido por la ley, y no es dado interpretar en tal sentido las normas que regulan el funcionamiento de los órganos colegiados en general, y de la junta directiva en particular, como es el caso de la prevista en el artículo 437 del Código de Comercio en donde claramente se establece que la junta decide válidamente con la presencia y los votos de la mayoría de sus miembros, lo que implica que únicamente en este escenario se hacen obligatorias las decisiones que sean dirigidas al representante legal de la sociedad, relacionado, por ejemplo, con la entrega de información atinente a la compañía

De otra parte, si bien el artículo 24 de la Ley 222 de 1995, estableció un régimen solidario e ilimitado por los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen los administradores "(...)Si se examina a fondo el tema, se advierte cómo la responsabilidad solidaria que es consecuencia de la atribución colectiva de los efectos dañosos de una actuación formalmente colegial, en todo caso es una responsabilidad simplemente presunta y, como tal, susceptible de ser desvirtuada, tal y como puede desvirtuarse la presunción legal de solidaridad en aquellos negocios mercantiles en que claramente existan varios deudores (C. Co. art. 825). Y la forma de desvirtuarla consiste en romper la presunción de responsabilidad que cobija a todos los directores, probando desde la perspectiva individual de cada director que se ha actuado en forma diligente".

En consecuencia, este Despacho reitera lo expresado en los oficios citados, en cuanto a que la forma de expresarse de los miembros de junta directiva y de obligar al representante legal, es como manifestación de la voluntad del órgano colegiado, previo el lleno de los requisitos establecidos para ser convocada, deliberar y tomar decisiones.

En estas condiciones se da respuesta a la consulta formulada advirtiendo que la misma tiene el alcance señalado en el artículo 25 del código Contencioso Administrativo.