

OFICIO 220-205096 DEL 09 DE NOVIEMBRE DE 2016

Ref: REMOCIÓN DE ADMINISTRADORES - PARTICIPACION DEL SOCIO QUE ES ADMINISTRADOR, EN LA VOTACION DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD EN SU CONTRA, Y OTROS.

Aviso recibo de su escrito radicado con el No. 2016-01-494393, mediante el cual formula los siguientes interrogantes:

“1. El artículo 426 del Código de Comercio establece: “(...)”, pues bien, a través de la norma citada, pregunto: La asamblea general de accionistas de sociedad anónima legalmente puede o no invocar la adopción de mecanismos para la defensa de los derechos e intereses de los accionistas con el fin de separar de su cargo a su representante legal?, precisar que el accionista mayoritario de este caso posee el 94.9% de las acciones suscritas o pagadas o este trámite solamente debe realizarse como lo dispone los artículo 425 y 426 del Código de Comercio?

2. Cuáles decisiones sociedad anónima puede asumir a través de junta directiva de carácter universal y en qué eventos?

3. Accionista de sociedad anónima manifiesta interés de adquirir (poseer) acciones emitidas por esta a través de la entrega o el usufructo de un bien inmueble a ella. Pregunto: legalmente es admisible esta transacción?. Afirmativa la respuesta, la tenencia de la posesión del bien inmueble pasaría a la sociedad anónima? O en el evento de adquirir acciones a través de la entrega de un bien inmueble a la sociedad anónima se constituiría transferencia de dominio del bien inmueble a la sociedad anónima?

4. Al disolverse y liquidarse la sociedad anónima del anterior caso hipotético y ocurriendo el pago de la totalidad de sus pasivos y quedar un remanente a favor de los accionistas de ella, incluyendo dentro de ellos el bien inmueble del accionista de este caso. Pregunto: este al poseer acciones de la sociedad anónima disuelta y liquidada y quedar el bien inmueble cedido por el accionista para estos efectos se le devolverá al accionista? Cual fuere la respuesta agradecería su comentario. “

Aunque ya antes se ha puesto de presente, es preciso reiterar de nuevo que el derecho de petición en la modalidad de consulta, tiene por objeto conocer un concepto u opinión general de la Entidad sobre las materias a su cargo, mas no resolver casos de interés particular, ni menos sustituir la asesoría jurídica que en esas materias le corresponde atender a los profesionales que se dedican a dicha actividad, pues la labor que les compete a las autoridades públicas en esta

instancia es eminentemente pedagógica y busca proporcionar una ilustración de carácter general, por lo que sus respuestas no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la Entidad.

A lo anterior se suma que las circunstancias de índole particular del caso que plantea, en su descripción, ni en su contenido ofrecen claridad suficiente para permitir siquiera una opinión, razón de más por la que solo sea procedente efectuar las consideraciones jurídicas a lugar a partir de la doctrina institucional.

REUNIÓN UNIVERSAL - PARTICIPACIÓN DEL ADMINISTRADOR QUE A LA VEZ ES SOCIO, EN LA DECISION PARA EJERCER EN SU CONTRA LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD.

La reunión universal como es sabido, tiene lugar cuando quiera que la totalidad de las acciones se encuentren debidamente representadas, caso en el cual, en los términos del artículo 426 del Código de Comercio, la asamblea podrá reunirse en cualquier sitio, sin que medie convocatoria.

En las reuniones de esta clase, podrá adoptarse cualquier decisión que sea competencia del máximo órgano social, puesto que la ley no hizo distinción alguna; de ahí que basta que la determinación sea adoptada con la mayoría y en las condiciones legales y estatutarias exigidas, según el artículo 186 del Código de Comercio, lo que con mayor razón se predica de la remoción de administradores que por regla general procede en cualquier tipo de sesión, medie convocatoria o no, amén del principio de la libre revocabilidad de los funcionarios de su elección.

Por su parte, en cuanto dice relación con la posibilidad de optar por la acción social de responsabilidad, hay que tener en cuenta las condiciones que al efecto se imponen para adoptar la decisión, cuando el representante legal es a su vez accionista de la compañía.

Para ese fin viene al caso traer los apartes del oficio 220-183473 del 15 de diciembre de 2009, que en lo pertinente expresan la doctrina vigente de la Entidad, luego de las revisiones que el tema ha ameritado:

Es así como en aras de dar claridad al asunto relativo a forma en que opera la citada acción, el concepto pone de presente las características propias de la citada acción a la luz del artículo 25 de la Ley 222 de 1995; como son:

“- Le corresponde ejercitarla esencialmente a la sociedad.

- Es una determinación que debe adoptar el máximo órgano social con la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión.

- Se puede presentar en cualquier reunión.
- La convocatoria del máximo órgano social, de no ser realizada por las personas facultadas para ello, podrá ser efectuada por uno o varios socios que representen por lo menos el veinte por ciento del capital social de la compañía.
- La decisión que se adopte dentro del seno del máximo órgano social conlleva la remoción del administrador de la compañía.
- Si la acción no se inicia dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que se adoptó la misma podrá ser ejercida por cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquier asociado en interés de la sociedad.
- Los acreedores también pueden ejercer la acción, siempre y cuando que las deudas que ellos representen sean por lo menos del 50% del pasivo externo de la sociedad y que el patrimonio de la misma no sea suficiente para satisfacer sus créditos.
- El ejercicio de la acción social de responsabilidad no es obstáculo alguno para que los asociados y acreedores que la hayan presentado inicien acciones individuales.

De la lectura del artículo 25 de la Ley 222 de 1995 y conforme con las características mencionadas, tenemos cómo al administrador que se le aplique la acción social de responsabilidad, que de manera concomitante tenga la calidad de socio de la persona jurídica objeto de la misma, no sufre menoscabo alguno en lo relacionado con el derecho al voto que le otorga la ley, por el sólo hecho de tener la calidad mencionada.

Lo anterior encuentra su sustento legal, no sólo en el hecho cierto de que el administrador—socio, queda sometido en un todo a la situación que le fue planteada por un tercero y debe ser considerada por el máximo órgano social, lo que debe conllevar en sana justicia a permitirle ejercer a cabalidad su derecho de voto, sino que además la norma legal que consagra la acción, bajo ningún punto de vista, permite excluir el voto del asociado contra quien se ejerció la acción social de responsabilidad.”

Bien se afirma, que al ser la norma invocada, una disposición de contenido prohibitivo y restrictivo, no es factible por vía de analogía hacerla extensiva a situaciones que no están expresamente consagradas en la misma.

“En este orden de ideas y siendo consecuentes con lo expuesto, debemos afirmar que al administrador-socio contra quien se ejercita la acción social de responsabilidad, a que hace referencia el artículo 25 de la ley 222 de 1995, no

puede excluirse la posibilidad de ejercer su derecho al voto, al no existir norma alguna que lo consagre.”

-Ahora bien, en relación con las juntas directivas, la Ley Mercantil guardó silencio sobre el lugar para sesionar y la posibilidad de efectuar reuniones universales de éste órgano colegiado, como sí lo hizo para la asamblea general de accionistas, consideraciones que entre otras ha consultado esta Entidad para concluir que al no existir norma legal que lo prohíba y si los estatutos no lo hicieran, las reuniones de la junta directiva bien pueden llevarse a cabo aun en lugar distinto del domicilio social, siempre y cuando debidamente convocadas o aún sin convocatoria, concorra la totalidad de sus miembros (Oficio 220-39773 del 1° de agosto de 2005)

DEL PAGO DE ACCIONES- LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD

El artículo 398 de la legislación mercantil establece que el pago de las acciones puede hacerse en bienes distintos de dinero, caso en el cual el avalúo se hará por la junta directiva o por la asamblea general, conforme lo que dispongan los estatutos.

En ese sentido, esta Superintendencia ha sostenido que:

“(...) realizándose un aporte en especie al ente jurídico, debe este valorarse a la luz de las disposiciones legales pertinentes con el fin que pueda la sociedad recibir el bien por un valor previamente determinado. No hay duda alguna que si se aporta la propiedad de un bien, el aporte realizado por el accionista debe conllevar la tradición del mismo, pues no de otra manera la sociedad puede adquirir la propiedad de lo aportado y así disponer de él, venderlo con posterioridad, etc....” (Oficio 220-127542 del 04 de Noviembre de 2011)

Por lo tanto, el pago de las acciones que se haga con un bien inmueble, supone la tradición del mismo en favor de la sociedad, luego no es viable la entrega en usufructo, toda vez que éste como lo define el Código Civil, es “...*un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituir a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor si la cosa es fungible*”.i

-Finalmente, se tiene que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 234 del Código de Comercio, el liquidador de la sociedad deberá elaborar el inventario del patrimonio social, el cual, incluirá, una relación pormenorizada de todos los activos sociales, de todas las obligaciones de la sociedad, con especificación de la prelación un orden legal de su pago, de manera que con el producto de la

realización de dichos activos se deberán atender los pasivos en mención, siguiendo las reglas legales al efecto establecidas.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida con los efectos descritos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no sin antes observar nuevamente que en la P. WEB de esta entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y la Circular Básica Jurídica, entre otros.