

OFICIO 220- 031915 DEL 28 DE FEBRERO DE 2014

ASUNTO: ALGUNOS ASPECTOS RELACIONADOS CON UNA SOCIEDAD ANONIMA Y/O LIMITADA- ESTATUTOS- JUNTA DIRECTIVA- IMPUGNACION DE INSCRIPCION- REMUNERACION DE DIRECTIVOS- REPARTO DE UTILIDADES

Me refiero a su escrito radicado con el número 2014- 01- 019056, mediante el cual formula a esta Entidad una consulta relacionada con algunos aspectos de una sociedad anónima y/o limitada, específicamente si los estatutos violan los derechos constitucionales o particulares de sus accionistas; ante la coexistencia de dos juntas directivas, cuál junta es la encargada de dirigir la compañía; impugnación de su inscripción; y reparto de utilidades, en los siguientes términos:

1. Cuando en una sociedad por acciones o de responsabilidad Ltda., sus estatutos sociales violan los derechos constitucionales o particulares de sus accionista o socios, para efectos de la aplicación de las normas estatutarias o legales, cuales deben primar para actuar en derecho o apegado a la ley? y ¿qué hacer para subsanar esta disyunción entre los estatutos y la ley? a fin de que ninguna de las partes vea afectada sus derechos fundamentales y constitucionales, con la premisa general de que todos sus accionistas o socios aprobaron por unanimidad los estatutos.
2. Las Juntas Directiva al interior de las organizaciones son órganos de gestión y dirección; las cuales son nombradas por la asamblea general y con el voto afirmativo de su accionista o socios de acuerdo con la reglamentación emanada del seno de la asamblea o de sus estatutos sociales; en este orden de ideas, ¿cuál junta directiva debe gestionar en el direccionamiento de la empresa hoy? la que está registrada en la cámara de comercio, que corresponde a una junta directiva anterior a la asamblea que hizo nuevos nombramientos, o la que mediante acta de asamblea es nombrada con el visto bueno de la misma, sin que a la que se haya registrado en la cámara de comercio?, y a cual reconocer, si la ya elegida es presentada a la cámara de comercio para su registro en forma extemporánea, pero que sus accionistas o socios impugna la inscripción, cuando ellos mismo ha elegido los nuevos miembros de junta directiva de acuerdo con sus estatutos y las reglas para su nombramiento en la asamblea.
3. Que términos tiene la cámara de comercio para resolver esta impugnación, ya que si se revisa el certificado expedido por la cámara de comercio, aparecen los dos registros: junta anterior y junta nueva, esta última impugnada por algunos de sus socios o accionistas, quienes aceptaron sus postulaciones y nombramientos de viva voz en asamblea, cual debe gestionar o actuar?, se podría pensar que la junta directiva en la empresa está vacante hasta que la asamblea general haga nuevo nombramiento de miembros o hasta que se resuelva la impugnación.
4. Quien debe fijar la remuneración del presidente y gerente de la compañía cuando en los estatutos no quedo reglamentado el valor de sus honorarios o sueldos a devengar y cuál es el valor máximo a devengar por estos conceptos para que no se presente

desequilibrio económico en la empresa? y qué hacer cuando la presidencia es vitalicia en la empresa de familia por el fundador o padre.

5. Los dividendos decretados y no cancelados por la empresa, cuando sus estatutos dicen que se deben cancelar en el año siguiente y no se han pagado, tienen prescripción como títulos valores y como se deben contabilizar?

Las utilidades que las sociedades decreten en efectivo, se deben reconocer como un pasivo, puesto que una vez decretadas adquieren el carácter de exigibles.

Las utilidades se pueden decretar en acciones o cuotas partes o en efectivo, y al hacerse en efectivo, por corresponder a un derecho del socio y a una obligación de la empresa, adquieren la naturaleza de un pasivo.

En efecto, el plan único de cuentas para comerciantes, dispone de la cuenta 2360 [Dividendos o participaciones por pagar], donde se deben registrar los dividendos y las participaciones decretadas por la asamblea.

Al respecto, este Despacho se permite hacer las siguientes precisiones jurídicas:

a) Como es sabido, la sociedad resulta de la figura jurídica llamada contrato. Sin embargo, para formar parte de una sociedad de las contempladas por la legislación colombiana, bien sea desde el momento mismo de la constitución o con posterioridad, las personas cuentan con plena libertad para ello, y su ingreso está supeditado única y exclusivamente a su voluntad. **Al hacerlo, se entiende que los asociados aceptan indiscutiblemente someterse a lo pactado en los estatutos de la compañía de la cual entran a formar parte. Luego, todos los socios o accionistas, tanto mayoritarios como minoritarios, están regidos por el contrato social.**

Pero dicho pacto o contrato social, no puede ser violatorio de la Constitución o de la ley, del orden público y de las buenas costumbres, ni mucho menos desconocer derechos fundamentales y constitucionales de los asociados, bajo la premisa de que todos aprobaron por unanimidad los estatutos, ya que de presentarse cualquiera de las circunstancias mencionadas, podrá solicitarse la declaratoria de nulidad del mencionado contrato.

En efecto, el artículo 899 del Código de Comercio, preceptúa que “Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

1º) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;

2º) Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y

3º) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz”. (El llamado es nuestro).

Así las cosas, podría decirse a manera de ejemplo que los estatutos violan la ley en caso de que en los mismos se haya previsto la exclusión inmediata de uno de los accionistas

cuando se encuentre en mora de pagar las acciones suscritas, las cuales serían objeto de enajenación o colación posterior, cuyos dineros se le depositarían en una cuenta corriente o de ahorro a su nombre.

Tal previsión, violaría ostensiblemente lo dispuesto en el artículo 397 ibídem, que prevé: “Cuando un accionista esté en mora de pagar las cuotas de las acciones que haya suscrito, no podrá ejercer los derechos inherentes a ellas. Para este efecto, la sociedad anotará los pagos efectuados y los saldos pendientes.

Si la sociedad tuviere obligaciones vencidas a cargo del de los accionistas por concepto por concepto de cuotas de las acciones suscritas, acudirá a elección de la junta directiva, al cobro judicial, o a vender de cuenta y riesgo del moroso y por conducto de un comisionista las acciones que hubiere suscrito, o a imputar las sumas recibidas a la liberación del número de acciones que correspondan a las cuotas pagadas, previa deducción de un veinte por ciento a título de indemnización de perjuicios, que se presumirá causados.

Las acciones que la sociedad retire al accionista moroso las colocará de inmediato”. (El llamado por fuera del texto original).

Así las cosas, el contrato social podría ser declarado nulo por violar una norma de carácter procedimental, y por ende, de obligatorio cumplimiento, salvo que a través de una reforma estatutaria se modifique la respectiva cláusula que no se ajuste a derecho, con el lleno de los requisitos formales y sustanciales exigidos para el efecto.

b) Ante la coexistencia de dos juntas directivas, una anterior que se encuentra debidamente registrada en la Cámara de Comercio, y la nueva junta que ha sido designada por la asamblea o la junta de socios sin que haya sido registrada, es necesario dilucidar cuál de las dos está legitimada para direccionar la empresa.

Sea lo primero advertir, que el registro mercantil, es un mecanismo que facilita a los terceros el conocimiento de ciertos actos y documentos, lo cual les permite actuar con mayor seguridad en sus relaciones con los profesionales del comercio. De ahí que a los terceros les interesa conocer quiénes integran las juntas directivas de las sociedades, como quiera que varios de sus actos de administración tiene proyección en el ámbito externo de las compañías. Por ello mismo, el artículo 163 ejusdem, prescribe que la designación o revocación de los administradores están sujetas al registro mercantil.

Luego, los miembros de junta directiva son administradores, su nombramiento o remoción debe inscribirse en la cámara de comercio con jurisdicción en el lugar del domicilio social de la empresa que representa, conforme lo ordena el artículo 163 ídem.

En consecuencia, la calidad de administrador es innegable, toda vez que el cuerpo colegiado que integran comparte con el representante legal el manejo de los bienes y negocios de la empresa y, en principio, tiene atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o celebre cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y para

tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines, tal como lo prevé el artículo 438 op. cit.

En este orden de ideas, se tiene que las personas inscritas en la Cámara de Comercio del domicilio social como miembros de junta directiva de una sociedad, conservará tal carácter para todos los efectos legales, mientras no se cancele dicha inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento o elección.

Luego, la junta directiva que aparezca inscrita en el registro mercantil, conservará su carácter de tal hasta tanto no se inscriba la nueva junta directiva designada por la asamblea general de accionistas, y por contera, tendrá las funciones a que alude el artículo 438 ya citado.

De otra parte, es de anotar que no es jurídicamente viable que los accionistas de la compañía impugnen la inscripción de la nueva junta, cuando ellos mismos han elegido a los miembros que conforman la misma, de acuerdo con las reglas previstas en los estatutos para su nombramiento.

c) En cuanto al término que tiene la cámara de comercio para resolver la impugnación de la inscripción de la nueva junta directiva, se anota que este despacho no ejerce supervisión sobre las cámaras de comercio, razón por la cual se sugiere acudir a la entidad para revisar el trámite dado a la misma, si ha requerido pruebas y en general lo que haya concernido a su solicitud en particular.

d) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del Estatuto Mercantil, una de las funciones de la junta o asamblea es la de hacer las elecciones que corresponda, según los estatutos y las leyes, fijar las asignaciones de las personas así elegidas y removerlas libremente (numeral 4º).

Como se puede apreciar, al máximo órgano social le corresponde hacer las designaciones pertinentes y fijarles su remuneración, sin perjuicio de que en los estatutos se delegue a la junta directiva dicha atribución.

No obstante lo anterior, es de advertir que para la elección del revisor fiscal de la compañía y su suplente, debe tenerse en cuenta que por ser, tanto su nombramiento como la fijación de sus honorarios, privativo de la asamblea, tales atribuciones no pueden delegarse en la junta directiva ni en el representante legal.

En relación con el valor máximo a devengar por parte del presidente y gerente de la compañía, se observa que la ley no fijó parámetro alguno para ello, como no podría hacerlo, toda vez que ello es facultativo de la asamblea o de la junta de socios, establecer el monto de los honorarios que devengarán los citados funcionarios de acuerdo con las disponibilidades económicas de la compañía.

De otra parte, se anota que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 198 ibídem, las designaciones efectuadas por la junta de socios o la asamblea, se harán para períodos

determinados en los estatutos, sin perjuicio de que los nombramientos sean revocados libremente en cualquier tiempo.

Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato que tiendan a establecer la inamovilidad de los administradores elegidos por la asamblea general, junta de socios o por junta directivas, o que exijan para la remoción mayorías especiales distintas de las comunes.

En consecuencia, no podrá designarse una persona como administradora de una compañía en forma permanente o vitalicia, ya que tal decisión violaría la ley o los estatutos, según el caso.

e) Al tenor de lo previsto en el artículo 156 ejusdem, las sumas debidas a los asociados por concepto de utilidades formarán parte del pasivo externo de la sociedad y podrán exigirse judicialmente. Prestarán mérito ejecutivo el balance y la copia auténtica de las actas en que consten los acuerdos válidamente aprobados por la asamblea o junta de socios.

Las utilidades que se repartan se pagarán dentro del año siguiente a la fecha en que se decreten, y se compensarán con las sumas exigibles que los socios deban a la sociedad.

Del estudio de la norma antes descrita, se desprende que una vez que ha sido decretado un dividendo, la determinación es irrevocable por voluntad de administradores, pues las sumas que la asamblea ordenó repartir entran a formar parte del pasivo externo de la compañía y son reclamables por vía ejecutiva, para cuyo efecto deberán aportarse los documentos allí señalados.

Ahora bien, las utilidades y dividendos decretados por una sociedad, y que no sean cobrados por los socios, pueden prescribir.

En efecto, antes de la entrada en vigencia del artículo 2º de la Ley 791 de 2002, solo existía la posibilidad, cuando el accionista no ejercía sus derechos patrimoniales, que instaurara una demanda para pedir la entrega de todas las utilidades, alegando que aquel, en su calidad de acreedor, no había actuado dentro de los términos de ley.

Sin embargo, el artículo 2º de la mencionada disposición, vino a colocar en plano de igualdad a las dos partes de la relación, acreedor (accionista) y sociedad (deudora), al facultar a ésta última para alegar judicialmente la prescripción extintiva como una forma de evitar una demanda de reconvencción.

Así las cosas, con base en la nueva normatividad, es posible que la sociedad, a través de su representante legal y con la autorización del máximo órgano social, conmine a la justicia ordinaria para que se pronuncie sobre la ocurrencia o no de la prescripción, o lo alegue por vía de excepción.

No obstante, es de advertir que la posibilidad de que la sociedad alegue la prescripción de las utilidades o dividendos decretados y no cobrados, sólo es posible desde la expedición de la ley 791 de 2002, pues antes la norma no preveía esta posibilidad.

Luego, dicha posibilidad debe ser considerada por los accionistas que en muchas veces se despreocupan de sus inversiones, permitiendo que la sociedad deliberadamente no pague los dividendos decretados y después ella misma alegue la prescripción.

Finalmente, se observa que las utilidades decretadas al constituir un pasivo, son susceptibles de generar intereses a favor de los beneficiarios del pasivo que en este caso son los socios de la empresa, y si así lo aprueba la asamblea mediante acta, se podrán reconocer intereses por esas utilidades no pagadas.

Además, es de aclarar que las utilidades decretadas se hacen exigibles solo cuando se cumplen las condiciones aprobadas para ello por la asamblea o junta de socios, puesto que la asamblea en marzo puede autorizar el pago de utilidades pero solo a partir de junio, por ejemplo, luego la exigibilidad solo será real en junio.

En los anteriores términos se da respuesta a su consulta, no sin antes advertir que la misma tendrá el alcance del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.