

**OFICIO 220-160661 DEL 25 DE AGOSTO DE 2016**

**REF: ACCESO A LA INFORMACIÓN POR PARTE DE ACCIONISTAS EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA – DE LOS PROCESOS DE “DUE DILIGENCE” EN LOS NEGOCIOS.**

Aviso recibo de su escrito radicado bajo No. 2016-01-381979, mediante el cual solicita respuesta a los siguientes interrogantes.

¿Cuál es procedimiento que se debe seguir para que el Accionista Vendedor pueda acceder a información de la sociedad adicional a la que éste debe recibir de conformidad con el derecho de inspección consagrado en el artículo 447 del Código de Comercio, en un periodo diferente al contemplado para el ejercicio del derecho de inspección, con el fin de que los posibles adquirientes de dichas acciones pueda llevar a cabo un proceso de diligencia debida o “Due diligence” sobre la compañía?

¿Si la respuesta anterior lo incluye, sería concordante con el deber secundario de colaboración del contrato de sociedad, el que los demás accionistas voten a favor de que la sociedad le revele al Accionista Vendedor información sobre la misma, para que el accionista vendedor pueda utilizarla, especialmente si se tiene en cuenta que dicha solicitud se ha formulado en términos razonables y el Accionista Vendedor se ha comprometido a utilizarla bajo un estricto protocolo de confidencialidad y a establecer medidas que aseguren su manejo adecuado y confidencial.?

¿Existen criterios en la ley, la doctrina o la jurisprudencia para determinar si un Accionista vendedor se encuentra abusando de su voto al no permitir al Accionista Vendedor acceder a la información de la sociedad?

Sobre el particular, es oportuno señalar que en atención a las consultas la Superintendencia emite un concepto de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, razón por la cual sus respuestas en esta instancia no son vinculantes ni comprometen su responsabilidad.

En este sentido, se debe precisar que el derecho de petición en la modalidad de consulta, no tiene el propósito de sustituir la asesoría jurídica o financiera especializada que en las respectivas materias le corresponde atender a los profesionales que se dedican a dicha actividad.

Bajo esos presupuestos, frente a sus interrogantes procede efectuar las siguientes consideraciones jurídicas, a partir especialmente de la doctrina que la Entidad ha expuesto en torno al tema del derecho de inspección y sus alcances, las que son suficientes para anticipar que no existe un procedimiento legal que obligue a la

sociedad a suministrar a los accionistas información adicional o diferente a la que el derecho de inspección exige, so pretexto de la venta de acciones u otras operaciones individuales que alguno se proponga efectuar, ni deber para los asociados de votar en tal sentido.

- A ese propósito, ilustra entre otros el Oficio No 220-21510 del 29 de mayo de 2001, que examina la naturaleza del derecho de inspección frente a la auditoría externa, como eventual instrumento para lograr que los accionistas ajenos a la administración, puedan acceder a los documentos de la compañía a fin de conocer el estado de los negocios sociales.

“Lo primero que resulta conveniente es precisar que el derecho de inspección es un concepto eminentemente jurídico societario, mientras que la auditoría externa es un concepto contable. En ese sentido, si bien eventualmente guardan alguna relación de complementación en cuanto a su ejercicio, difieren sustancialmente respecto de su previsión legal. En efecto, ha manifestado esta entidad que “el derecho de inspección es un derecho inherente a la calidad de socio, el cual se encuentra consagrado de manera expresa en los artículos 369 y 447 de la legislación mercantil y el artículo 48 de la Ley 222 de 1995, el cual consiste en la facultad de que disponen todos los asociados de una compañía de examinar, directamente o mediante persona delegada para tal fin, los libros y los comprobantes de la sociedad, con el fin de enterarse de la situación administrativa y financiera de la compañía en la cual realizaron sus aportes”

En las sociedades comerciales, el derecho de inspección o de fiscalización individual, pertenece a la categoría de los inderogables; se trata de un derecho esencial del asociado pero no por ello se puede afirmar que tiene carácter absoluto frente a la compañía, pues los artículos 369, 379 numeral 4°, 422 y 447 del Código de Comercio y 48 de la Ley 222 de 1995 le señalan limitaciones temporales y de contenido.

Con anterioridad a la expedición de la Ley 222 de 1995, el ejercicio del derecho de inspección fue objeto de controversia doctrinal y de interpretación legal, en cuanto a sus alcances y limitaciones, pero el artículo 48 de la citada Ley determinó sus límites respecto a la materia misma sobre la cual se ejerce dicha facultad, restringiendo el acceso de los asociados en general a los documentos que contengan información sobre secretos industriales (empresariales), así como aquellos que de ser divulgados puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad.”

(“...”)

“Como se trata de una labor de fiscalización con finalidades puramente informativas, los socios no están facultados para hacer anotaciones de ninguna clase sobre los documentos facilitados, ni para conocer y mucho menos difundir la información amparada con reserva documental, como los secretos técnicos, industriales o de política comercial ni entorpecer la marcha administrativa de la gerencia.

Ahora bien, en lo que respecta a las normas de auditoría generalmente aceptadas, la Ley 43 de 1990, si bien no trae una definición del concepto “auditoría externa”, su artículo 7° dispone que aquellas son las que se relacionan con las cualidades profesionales del contador público, con el empleo de su buen juicio en la ejecución de su examen y en su informe referente al mismo.

En conclusión, se trata de un trabajo técnicamente elaborado por personas que tengan entrenamiento adecuado y estén habilitadas legalmente para ejercer la Contaduría Pública en Colombia, con base en evidencia válida y suficiente, por medio de análisis, inspección, observación, interrogación, confirmación y otros procedimientos de auditoría, con el propósito de allegar bases razonables para el otorgamiento de una opinión sobre los estados financieros sujetos a revisión.

En ese orden de ideas resulta desacertado pretender realizar una comparación o asimilación conceptual entre ambas figuras, como quiera que la primera de ellas tiene la connotación de DERECHO, mientras la segunda es una herramienta para establecer, conforme a las previsiones legales, la realidad financiera, administrativa y contable de la sociedad.

Si bien desprevenidamente podría pensarse que en ejercicio del derecho de inspección cualquier socio estaría facultado para contratar la ejecución de una auditoría externa para “enterarse de la situación administrativa y financiera de la compañía en la cual realizaron sus aportes”, para este despacho resulta absolutamente claro que ello es improcedente, como quiera que la finalidad y los escenarios en que pueden y deben darse difieren sustancialmente.

En efecto, el derecho de inspección o de fiscalización individual tiene una finalidad esencialmente informativa para el socio, mientras que por medio de una auditoría interna se persigue la obtención de una opinión calificada por parte de un especialista, atendiendo a sus cualidades profesionales y a criterios y procedimientos señalados en la ley, cuya práctica compete directamente al máximo órgano social ordenarla, ya sea por su propia iniciativa o en atención a la solicitud motivada de algún o algunos socios, pues, la eventual contratación y ejecución de una auditoría externa por parte de un socio, justificada en el derecho de inspección que le asiste, desborda los límites y alcances previstos en la ley

para su ejercicio. Mientras el derecho de inspección apunta a satisfacer un interés individual de información, la auditoría externa se dirige al cumplimiento de un interés colectivo por contar con una opinión técnica sobre los estados financieros.”

Con fundamento en los argumentos anteriores, es dable reiterar que los accionistas tienen acceso directo a la información de la sociedad en las circunstancias de modo, tiempo, y lugar definidos expresamente por el Legislador, derecho que se encuentra restringido a cierto tipo de información, de manera tal que no es posible afirmar que éste pueda ejercitarse de manera aislada, en condiciones distintas, ni en periodos diferentes a los previstos en las normas invocadas, cualquiera sea el motivo que se invoque. (Art 445, 446 y 447 del Código de Comercio, y 48 de la Ley 222 de 1995)

No obstante, es innegable que por regla general, los asociados gozan de libertad para negociar las acciones de que son titulares, prerrogativa que no les puede ser desconocida, pero siempre dentro de los límites legales; partiendo de esta premisa los interesados en la venta deben fijar previamente el precio y establecer plazos y demás condiciones en que serán ofrecidas, como su forma de pago. (Artículos 379, 388, 403 y 407 del Código de Comercio).

En ese propósito el ordenamiento comercial deja a discreción de los interesados en la venta, la labor de determinar el justiprecio, quienes lo acordarán atendiendo a los procedimientos de valoración que estimen adecuados, tales como los “*due diligence*”, o procesos que según el *common law*, suponen el examen, investigación, detección de problemas y diagnóstico, adelantados por expertos en derecho sobre bienes o negocios, a instancias usualmente de la parte adquirente, inversionista o financiador, con el objeto de verificar los supuestos que ha asumido para efectos de la propuesta que habrá de efectuar, sin que ello en manera alguna suponga hacer uso de un derecho de inspección adicional, toda vez que las disposiciones legales no lo permiten.

Desde luego, que el proceso de valoración, puede comportar eventualmente la colaboración de la administración siempre que se pertinente y que adicionalmente medie la anuencia del máximo órgano social, a quien le compete en últimas adoptar, o autorizar las medidas que considere adecuadas, para lo cual ha de considerar el interés del vendedor, el interés común de los asociados, como la confidencialidad, protección y seguridad de la empresa, todo lo anterior en los términos de artículo 4°, 118 y numeral 6° del artículo 187 del Código de Comercio.

Por lo demás, simplemente se advierte que la identificación de la jurisprudencia o la doctrina referida a los temas de su interés, conlleva un ejercicio académico que corresponde adelantar a quien tiene a cargo el estudio del asunto en particular,

amén que alcance de la función consultiva a cargo de esta Oficina según los términos del numeral 2 del artículo 11 del decreto 1023 de 2012 es “*Resolver las consultas formuladas por los organismos públicos y privados, así como por los usuarios y particulares, de conformidad con las normas que rigen servicios y funciones de la Superintendencia.*” (resaltado fuera de texto).

Para ese efecto, se le invita a revisar la página WEB de la Entidad: [www.supersociedades.gov.co](http://www.supersociedades.gov.co), donde en el ítem “normatividad”, podrá encontrar sus conceptos jurídicos y contables, la legislación societaria y la Circular Básica Jurídica. Igualmente en los libros de Jurisprudencia Societaria editados por esta entidad, puede consultar el Auto 800-01014 del 29 de noviembre de 2012, Sentencia 801-047 del 19 de octubre de 2012, Sentencia 800-073 del 19 de diciembre de 2013, Sentencia 801-81 del 20 de noviembre de 2014, Sentencia 800-50 del 8 de mayo de 2015, Sentencia 800-54 del 15 de mayo de 2015, sobre los temas relacionados con el ejercicio abusivo del voto por la mayoría, paridad o de minoría.