OFICIO 220-233490 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 2014

ASUNTO: JUNTA DIRECTIVA – CUOCIENTE ELECTORAL- ACTUACIÓN DE LOS MIEMBROS – DEFINICIÓN DE CONTROVERSIAS PARTICULARES.

Me refiero a su escrito remitido por la Superintendencia de Industria y Comercio y radicado en esta entidad con el número 2014-01-513846, donde realiza una descripción de una situación que viene presentándose en una sociedad con ocasión de la elección de la junta directiva y plantea varias inquietudes al respecto.

Sobre el particular, en primer lugar es pertinente tener en cuenta que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades profiere los conceptos jurídicos a que haya lugar sobre las materias de su competencia de manera general y en abstracto **y por lo tanto no es su función pronunciarse por esta vía, sobre situaciones particulares y concretas que se presentan en una sociedad como es el caso objeto de su escrito**, pues sus respuestas no están dirigidas a solucionar o definir asuntos puntuales en una compañía y más aún cuando están adelantando un proceso jurisdiccional, en tal caso se precisa que la consulta es una opinión que no tiene carácter vinculante ni compromete la responsabilidad de la Entidad, según los términos del artículo 28 del C.C.A.

Anotado lo anterior, conforme los términos de su comunicación, consideramos necesario hacer referencia a tres tópicos aplicables, en términos generales, a los diversos tipos societarios, que pueden contribuir al estudio que realice al caso en particular, cuales son:

1 Elección de miembros de Junta Directiva – Cuociente electoral.

La elección de una Junta Directiva de una sociedad, en términos generales, debe realizarse por medio del mecanismo del “Cuociente electoral” en los términos que señala el artículo 197 del estatuto mercantil

En dicha norma legal se indica el procedimiento a seguir e igualmente se expresa que “las personas elegidas no podrán ser remplazadas en elecciones parciales, sin proceder a nueva elección por el sistema del cuociente electoral, a menos que las vacantes se provean por unanimidad”.

2 Elección de los miembros de una junta directiva y los efectos que produce su inscripción en el registro mercantil.

Al respecto, esta entidad se ha pronunciado en diversas oportunidades, entre los cuales encontramos el Oficio 220-050672 del 16 de agosto de 2010, donde se hace referencia al Oficio 220-16259 del 11 de marzo de 2003, cuyos apartes pertinentes señalan:

“(.....)”

1. “La Junta Directiva de nueve miembros, elegida en asamblea extraordinaria de accionistas del 21 de abril de 2010, puede actuar válidamente aunque no se encuentre inscrita en la Cámara de Comercio de Cali?”

R/. Sobre el tema del momento en que inicia la capacidad de actuación de los miembros de junta directiva de una compañía, esta superintendencia se ha pronunciado en varias oportunidades, tal como lo hizo en el Oficio 220-16259 del 11 de marzo de 2003, del cual me permito transcribirle los apartes pertinentes, según el cual, los mismos pueden sesionar válidamente como administradores sociales a partir de la aceptación del cargo, no obstante aún no se encuentre inscrito en el registro mercantil el acta que de cuenta de su designación:

“...Sobre el particular, tenemos que los integrantes del mencionado cuerpo colegiado, en la forma concebida, no cumplen precisamente funciones de representación sino de gestión, razón por la que la calidad es obtenida no a partir del registro (cuyo efecto es la de dar publicidad), sino de la aceptación del cargo, verdad que encuentra sustento al integrar en derecho los artículos 163 y 164 del Código de Comercio.

En efecto, mientras la primera norma no le da a la designación o revocación de tales administradores la calidad de reforma estatutaria, sino como desarrollo o ejecución del contrato social, la segunda dispone que la calidad de miembro de la Junta Directiva no la da el registro sino la aceptación del cargo. Por lo tanto, fácil es concluir que para desarrollar las labores que por ley y estatutos le corresponden, no requiere la persona posesionarse del cargo sino aceptarlo.

Ahora bien, teniendo en cuenta que es innegable que los miembros de la Junta Directiva son administradores y que el objeto de la inscripción en el Registro Mercantil es el dar publicidad a dichos actos para que puedan ser oponibles a terceros, debe entenderse que ésta debe hacerse en el menor tiempo posible, toda vez que la ley no señaló un plazo para el efecto...”

2. “Si la respuesta a la pregunta anterior fuere negativa, debemos entender que la junta que estaba en ejercicio del cargo hasta la fecha de la mencionada asamblea extraordinaria, y que aún se encuentra inscrita en la Cámara de Comercio, es la que puede actuar válidamente?”

R/. Conforme se expuso en el punto anterior, los miembros de junta directiva pueden actuar válidamente como tales a partir de la aceptación de su designación, por lo tanto, al presentarse la aceptación de la totalidad de miembros designados, se produce la desvinculación automática de los anteriores miembros de junta directiva, lo cual equivale a mencionar que, frente a la aceptación de los nuevos miembros, los antiguos no podrán ya actuar como tales, así aún se encuentren inscritos ante el Registro Mercantil.

3. “Si la respuesta a la consulta del numeral uno fuere positiva, podría una persona que formó parte de la junta directiva que estaba en ejercicio del cargo hasta la fecha de la mencionada asamblea <abril 21 de 2010>, y que aún se encuentra inscrita en la Cámara de Comercio, tener derecho a ser convocada para sesionar en junta directiva por el hecho de continuar inscrito?”

R/. Teniendo en cuenta lo expuesto en las respuestas anteriores, sólo si un miembro de junta directiva que viene actuando de tiempo atrás, cuyo nombramiento se encuentra inscrito en el Registro Mercantil, es ratificado en tal designación y ha aceptado continuar como miembro de dicho órgano de administración, debe ser convocado a las sesiones de la nueva junta directiva, de lo contrario, así se encuentre aún registrado su nombre en el Registro Mercantil, no ha de considerársele ya miembro directivo de la compañía” (El resaltado no es del texto del oficio).

3 Definición de controversias particulares – Decreto 0019 de 2012 y Código General del Proceso.

De otra parte, cuando se pretenda que la Superintendencia de Sociedades haga un pronunciamiento vinculante para definir una situación de carácter particular y concreta, los asociados o alguno de sus administradores, pueden acudir por la vía administrativa o jurisdiccional, en orden a que con respecto al derecho de defensa y al debido proceso se ejerzan las funciones señaladas en la Ley (Artículo 87 de la Ley 222 de 1995, modificado por el artículo 152, numeral 3 del Decreto 0019 de 2012 y artículo 24, numeral 5 del Código General del Proceso).

En los anteriores términos se ha dado contestación a su consulta, no sin antes anotarle que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo.